

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Problemas del procedimiento administrativo en Nicaragua :
(garantías del particular frente a la inactividad de la
Administración)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Cairo Manuel López Sánchez

DIRECTOR:

Fernando Garrido Falla

Madrid, 2015

Rd. 64.048

TE 645

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Tesis de Grado

PROBLEMAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

EN

NICARAGUA

(Garantías del Particular frente a la Inactividad de la
Administración)

Director : D. Fernando Garrido Falla

Doctorando: Cairo Manuel López Sánchez



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Madrid Curso 1973 - 1974

Dedicatoria :

**A mi maestro D. Fernando
Garrido Falla.**

ABREVIATURAS PRINCIPALES

A. J. D. A.	Actualité Juridique Droit Adminis- tratif
Art.	Artículo
B. J.	Boletín Judicial de Nicaragua
C. N.	Constitución Nacional de Nicaragua
C. S.	Corte Suprema de Justicia de Nicaragua
D. A.	Documentación Administrativa
J. C. P.	Jurisclasser Périodique (Semaine Juridique)
Perspectivas	Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX (Homenaje a Enrique Sayagués Laso) Madrid, 1969, 5 volúmenes
R. A. P.	Revista de Administración Pública
R. E. P.	Revista de Estudios Políticos
Rev.	Revista
R. E. V. L.	Revista de Estudios de la Vida Local
R. I. S. A.	Revue Internationale des Sciences Administratives
R. D. P.	Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger
R. D. J. A.	Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración (Uruguay)
S.	Sentencia

INTRODUCCION

Una de las ideas dominantes del Derecho Administrativo es la conciliación entre el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes del Derecho común que posee la Administración, y la salvaguardia de los derechos e intereses de los ciudadanos. Hay una especie de tensión constante entre prerrogativas y derechos que hace a veces difícil obtener el equilibrio entre estos dos polos en los cuales discurre la vida administrativa.

En efecto, la necesidad de estructurar algún tipo de control de la Administración constituye una de las preocupaciones fundamentales que se plantea tanto el jurista, el político, el sociólogo, como el hombre de la calle, el ciudadano normal, común y corriente.

Desde esta perspectiva, resulta insuficiente la consagración, dentro de un Ordenamiento jurídico, de principios como el de la legalidad o de la responsabilidad. Es necesario además velar por su aplicación y la creación de instrumentos idóneos para este fin.

Esta necesidad se impone, desde luego, en el interés de los ciudadanos, de los administrados, para protegerles de las arbitrariedades e injusticias, y al mismo tiempo, para evitar los abusos y despilfaros de los fondos públicos, como contribuyentes que son. Pero este control interesa además a la Administración, y al Poder político mismo, sean cuales sean sus características y particularidades.

Este problema del control de la Administración se presenta en todos los países, independientemente del desarrollo que tengan sus administraciones. Pero reviste particular importancia en los llamados países del tercer mundo, donde la necesidad de algún tipo de control se hace particularmente urgente en razón de la escasez de recursos y carencia de personal suficientemente preparado para realizarlo.

Ahora bien, existe una variedad muy amplia de sistemas de controles. Estos pueden ser: a) internos: control jerárquico, tutela, financiero; b) externos: políticos, mediante instituciones especializadas, procedimiento administrativo y jurisdiccional.

Nos interesan particularmente los controles externos. Respecto a la modalidad del control político, éste pueden ejercerlo las asambleas nacionales (Congreso en Estados Unidos, Soviet Supremo en la Unión Soviética), los partidos políticos, organizaciones sociales como los sindicatos, o bien la prensa u otros medios de opinión pública.

Dentro de las instituciones especializadas y exteriores a la Administración, hay que mencionar las que ejercen un control no jurisdiccional. Destacan el Ombudsman sueco y la Prokuratura soviética. Ambas instituciones, nacidas casi al mismo tiempo

po, a principios del siglo XVIII, se han desarrollado en regímenes muy distintos.

El Ombudsman es un delegado del Parlamento, encargado de ejercer un control sobre la Administración; nacido en Suecia, ha sido adoptado por los otros países escandinavos, por Gran Bretaña (Comisario Parlamentario), la República Federal Alemana e Israel. Una última adopción se encuentra en Francia, bajo el nombre de Médiateur. La Prokuratura cumple una doble función: de una parte, se encarga de la vigilancia del funcionamiento de la justicia en toda su amplitud; y de otra, del mantenimiento de la legalidad socialista.

Entre ambas instituciones existen, desde luego, diferencias considerables derivadas, sobre todo, del contexto político en que se desenvuelven. Pero también presentan algunos puntos comunes que las diferencian de las instituciones de control jurisdiccional, así, entre otros, su carácter poco formalista, la agilidad y celeridad de los procedimientos, y que carecen de poder decisorio.

Respecto al control jurisdiccional de la Administración, debemos señalar que éste se ejerce por jueces mediante un procedimiento contencioso, iniciado generalmente a consecuencia de una demanda de los particulares y sometido a reglas procedimentales más o menos estrictas. En cuanto a su extensión se distinguen dos fórmulas: la de la cláusula general de la competencia, y la de la cláusula enumerativa. Según el primer sistema toda la actividad administrativa quedaría sometida al control del juez, salvo determinadas materias; conforme al sistema de la cláusula enumerativa, únicamente aquéllas autorizadas por la ley. Entre uno y otro se da toda una gama de soluciones y aproximaciones intermedias.

En cuanto a la organización del control jurisdiccional de la Administración, se encuentran fundamentalmente tres sistemas: que éste se encomiende a los tribunales comunes; que lo realicen tribunales especializados, pero integrados dentro de un sistema judicial único; o bien, que se encargue a una jurisdicción administrativa autónoma e independiente de la jurisdicción ordinaria.

Este control jurisdiccional se ha revelado como un excelente medio de protección a los particulares. Sin embargo, y pese a todas sus ventajas, resulta insuficiente, sobre todo por ser un control a posteriori de la acción administrativa, y a la lentitud observada en sus procedimientos.

Frente a esa situación se ha pensado en estructurar todo un sistema de control en las fases mismas de gestación y desarrollo de la acción administrativa. Este es el denominado procedimiento administrativo; este tipo de control a priori ha conocido en los últimos años un florecimiento y desarrollo considerable en varios países, manifestándose su vigencia y preocupación en la literatura jurídica mundial más reciente.

En Nicaragua -salvo el llamado "Juicio de Amparo" que es más que nada un medio de control de la constitucionalidad- carecemos de medios suficientes y adecuados de protección de los particulares, haciéndose notar la falta de una verdadera jurisdicción administrativa, y de otros medios de control. En este sentido, carecemos de una Ley general de procedimiento administrativo, existiendo, claro está, ciertas disposiciones aisladas, pero que no constituyen, ni mucho menos, un todo coherente.

El presente estudio sobre las garantías del particular frente a la inactividad de la Administración, está dirigido a llamar, prin-

principalmente, la atención de los estudios de mi país, invitándoles a la reflexión sobre estos temas. Después de que se produzcan estudios más serios y profundos, nos daríamos por satisfechos si pudieramos influir de alguna manera en la creación de un sistema de protección de los administrados en las fases mismas de creación de la acción administrativa: es decir, de un sistema y de una Ley de Procedimiento Administrativo.

Este humilde trabajo desea ser eso: punto de partida para investigaciones más serias y profundas sobre la necesidad de una regulación del Procedimiento Administrativo en Nicaragua.

CAPITULO I

CONCEPTO Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. INTRODUCCION

Al iniciar el estudio del procedimiento administrativo -entendido como uno de los medios de control de las actividades administrativas en favor de los particulares, y como instrumento para lograr una mayor eficacia en su actuación- es preciso establecer, previamente, su concepto y naturaleza. Precisaremos una serie de conceptos básicos y estableceremos diferencias, que nos permitirán perfilar su entidad como objeto del presente estudio.

2. PROCESO: CONCEPTO AMPLIO Y CONCEPTO RESTRINGIDO

2.1. Concepto amplio. - Para un sector de la doctrina, la noción de proceso puede entenderse en un sentido lato o extenso. En este sector destaca el profesor argentino Agustín Gordillo, quien lo considera como "una consecuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal de-

terminado" (1). Debemos señalar entonces, por una parte, la undad de los actos que constituyen el proceso y, por otra, su carácter teleológico. Partiendo de esta noción amplia de proceso, puede hablarse, con cierta propiedad, de la existencia de verdaderos procesos en cada una de las funciones estatales.

2.2. Concepto restringido. - La noción de proceso, sin embargo, encuentra una mejor aplicación para la función judicial; en este sentido tiene ya un valor entendido en la literatura jurídica. Al restringir su utilización exclusivamente al proceso judicial, se facilita la distinción entre actos administrativos y actos judiciales, lo cual explica que la acepción restringida sea la más aceptada por la doctrina contemporánea. Para el Mexicano Alfonso Nava Negrete, el problema es meramente terminológico y se obviaría si, en lugar de "proceso", se hablase de "juicio" (2). Gordillo acepta también la restricción del concepto: "Creemos preferible mantener la designación de proceso estrictamente para el proceso judicial" (3).

Para algunos, la noción amplia de proceso puede resultar peligrosa. En efecto, si no se considerara al "proceso" como sinónimo de "juicio", podría llegarse a sostener que no hay violación al

(1) AGUSTIN GORDILLO: "Procedimiento y Recursos Administrativos", 2ª ed., Ediciones Matchi, Buenos Aires, 1971, pág. 19.

(2) ALFONSO NAVA NEGRETE: "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Porrúa, México, 1959, págs. 73 y ss. En el mismo sentido, JESUS GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", Madrid, 2ª ed., T. 1º, págs. 49 y s. -dice: "Pero si la doctrina procesal hubiera seguido conservando el termino "juicio" para designar la institución destinada a satisfacer pretensiones por un órgano imparcial creemos que nunca hubiera surgido la polémica actual". Considera más bien que hay una especie de vuelta a la terminología primitiva.

(3) GORDILLO, A.: op. cit., pág. 21.

principio de la defensa si la Administración resuelve después de haber oído al administrado, pues consideran indispensable la existencia de un juzgador imparcial e independiente que dirija el proceso. Esta figura, como veremos, no se presenta con las mismas características en sede administrativa, donde la Administración figura además como interesada.

De lo anterior no debe desprenderse que la actividad de la Administración se encuentra libre de una serie de principios y de reglas; de ser así, el particular quedaría desamparado y a merced de la Administración. Por el contrario, como existe un conjunto de reglas y de principios que norman su actuación, la actividad de la Administración está juridizada, es decir sometida a la legalidad. Estas reglas contribuyen de una parte a la realización de la seguridad jurídica en favor de los administrados (tal y como debe presentarse en un verdadero Estado de Derecho) y, de otra, sirven de cauce y de guía para el logro de una mayor eficacia, como lo reclaman las modernas preocupaciones del Estado Social de Derecho.

3. PROCEDIMIENTO

Es un hecho sociológico reconocido, que toda conducta humana que presente cierto grado de complejidad y reiteración—e integrada por varios actos sucesivos, combinados entre sí—, que pretenda la consecución de un fin determinado, tienda, de una manera espontánea y natural, a reproducirse una y otra vez, cuando se presenten las mismas condiciones, siempre y cuando esa conducta sea el camino más corto y menos costoso para alcanzar los fines propuestos. En un sentido muy amplio, podemos decir que la reiteración de tales hechos constituye un procedimiento.

En un sentido menos amplio, procedimiento, propiamente dicho, es aquello que regula las formas y requisitos previos (surgidos espontáneamente) que sirven de cauce a los actos que tienden a la consecución de un fin determinado. En este marco conceptual, puede presentarse en cualquier actividad humana, así modernamente, p. ej., en la empresa privada, o en una actividad estatal, siempre y cuando se pretenda obtener mejores resultados con los menores gastos posibles. De esta manera se convierte en un elemento de eficacia y de racionalidad.

El procedimiento puede ser objeto de estudio por parte de diversas ciencias, tanto jurídicas como no jurídicas (ciencia de la administración y de técnicas de organización y métodos, de dirección y administración de personal, etc.); mas lo que aquí nos interesa, es la noción de procedimiento estudiada desde un ángulo jurídico. Son motivo, entonces, de especial preocupación por parte del procedimiento administrativo: la eficacia de la acción administrativa, y la seguridad jurídica en beneficio de los particulares y de la colectividad en general.

Concebido como medio de formación y de aplicación del derecho y aplicado al Estado, tiende a facilitar el cumplimiento de una actividad estatal, judicial o administrativa; el procedimiento, por consiguiente, está ligado a una perspectiva dinámica (4). Puede entonces hablarse de procedimiento en cualquiera de las funciones esta-

(4) Acerca de la teoría de la formación del derecho por grados, véase MERKL, A.: "Teoría General del Derecho Administrativo", Madrid, 1935, cap. XV, especialmente las págs. 277 y ss. También las consideraciones que hace LANGROD acerca de la teoría de Merkl y de sus aplicaciones en los países del centro de Europa, sobre todo en Austria -op. cit., págs. 20 y ss. Cfr. ISAAC, G.: "La Procédure Administrative Non Contentieuse", Paris, 1968, págs. 85 y ss.

tales: procedimiento legislativo, procedimiento judicial y procedimiento administrativo.

El profesor Jesus González Pérez lo considera como un concepto de la teoría general del derecho, válido tanto para el Derecho público como para el Derecho privado, y aplicable no solamente a los actos de autoridad, sino aún en los casos en que no se presente tal autoridad, p. ej. en relaciones civiles y mercantiles (5).

El procedimiento es una forma, es una combinación de actos vinculados de tal manera que tienden hacia un fin, es teleológico. Para que exista procedimiento, según González Pérez, es necesario: a) que cada uno de los actos que lo integran conserven su individualidad; b) que la conexión entre los actos radique en la unidad del efecto jurídico; c) que los actos estén vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno suponga al anterior y el último a todos los anteriores. A la coordinación de estos actos se llama procedimiento. Dice: "Podemos definir el procedimiento con Carnelutti, como el tipo de combinación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados causalmente entre sí." (6).

(5) GONZALEZ PEREZ, J.: "Procedimiento Administrativo", Madrid, 1964, págs. 55 y ss. Del mismo autor: "Derecho Procesal Administrativo", T. 1º, págs. 48 y ss.

(6) GONZALEZ PEREZ, J.: "El Procedimiento Administrativo", pág. 57. Cfr. ANDRE DE LAUBADERE: "Traité élémentaire de Droit Administratif", 5ª ed., Paris, T. 1º, págs. 259 y ss. ZANOBINI, G.: "Curso de Derecho Administrativo", T. 1º, Buenos Aires, 1954, págs. 345 y ss.

4. PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Este tema ha sido objeto de amplias preocupaciones doctrinales. Hay autores que consideran difícil señalar una distinción conceptual entre proceso y procedimiento. La noción de proceso tiene un origen medieval, y es muy empleada en Italia; procedimiento ha sido utilizado en Francia e Italia para designar a las obras consagradas al estudio de la materia. Señala el profesor Langrod que la noción latina "processus", empleado con o sin el aditamento del adjetivo "judiciarius", se encuentra en el derecho canónico de la edad media con referencia exclusiva al proceso seguido delante de los tribunales, llegando a ser sinónimo del procedimiento jurisdiccional (7). Actualmente se tiende a distinguir ambos conceptos: proceso y procedimiento no deben emplearse como sinónimos. Procedimiento equivale a formas externas, a trámites, a ritos. Proceso, en cambio, sugiere el sistema, la organización, las ideas elaboradas por los datos que la experiencia y la ciencia proporcionan. "Proceso es función y estructura, o sea vía jurisdiccional y procedimiento. Procedimiento es rito, cauce, conducto integrado por actos que se ordenan a una finalidad jurisdiccional o no." (8). Proceso es el continente, procedimiento es el contenido, y "si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso" (9).

(7) LANGROD, G.: "Procédure Administrative et Droit Administratif", R. I. S. A., 1956, nº 3, págs. 76 y ss.

(8) NAVA NEGRETE: op. cit., pág. 76.

(9) NIETO ALCALA ZAMORA y CASTILLO: "Proceso, Auto-composición y Autodefensa", México, 1947, pág. 110.

El procedimiento se relaciona con la noción de proceso, con la elaboración de las leyes, otorgación de concesiones, averiguación penal, fijación de salarios mínimos, redacción de testamentos, etc. "Dicho de otra manera, si el procedimiento es una forma, o una secuencia, si es una utilización, o un orden de actos, no por ello se limita a los procesales. Entonces el procedimiento ha de ser aprehendido en su naturaleza autónoma y no por el mero contraste con el proceso." (10).

Todo procedimiento persigue un fin jurídico y puede ser que este coincida o no con el del proceso; pero es fundamental dejar claro que el procedimiento está integrado por actos, se trata de una conexión de actos y no de hechos ni de circunstancias. Además "El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo -vg. procedimiento incidental o impugnativo. Así, pues, mientras la noción de proceso es esencialmente teleológica, la de procedimiento es de índole formal" (11). Es

(10) BRISEÑO SIERRA, H.: "El Proceso Administrativo Iberoamericano", U.N.A.M., México, 1968, pág. 124. Señala FERNANDEZ RODRIGUEZ -en "La Doctrina de los Vicios de Orden Público", Madrid, 1970, pág. 119- que "El procedimiento administrativo, con ser también un "iter", un camino formal para llegar a un determinado resultado, cauce y forma de la función administrativa, no pretende garantizar la objetividad, neutralidad e independencia de la decisión, sino asegurar la realización de un fin público por la propia Administración con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia y dentro del respeto debido a los derechos e intereses de los administrados".

(11) ZAMORA y CASTILLO, A.: op. cit., pág. 111.

posible, entonces, que tipos distintos de proceso puedan substantiarse por el mismo procedimiento y viceversa. Además, proceso y procedimiento presentan un carácter dinámico que se descubre en su misma raíz "procêdere": avanzar.

Para Gordillo, en la Administración, puede hablarse de procedimiento: a) en un concepto formal, entendido como una serie de actos; b) en un sentido teleológico, considerándolo como actos que tienden a que se dicte un acto administrativo. Afirma: "el término procedimiento administrativo tiene una ambivalencia y puede ser empleado tanto como noción teleológica o como noción formal" (12). Creo que la ambivalencia, señalada por Gordillo, no es una característica exclusiva del procedimiento administrativo; por el contrario, puede encontrarse en los otros tipos de procedimientos. El procedimiento legislativo teleológicamente tiende hacia un fin: la producción del acto legislativo, la ley. La ley, formalmente, está integrada por una serie de actos que constituyen el procedimiento de creación de las leyes, regulado en Nicaragua en la Constitución. Pero la explicación de Gordillo es útil en cuanto facilita la distinción en el ámbito judicial.

Resumiendo: el concepto de procedimiento se caracteriza por ser autónomo, formal, instrumental, dinámico y teleológico, y sirve para el cumplimiento de una actividad estatal o no.

(12) GORDILLO: op. cit., pág. 24.

5. IMPORTANCIA DE LA DISTINCION ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Para algunos autores esta distinción no presenta una mayor importancia. Para nosotros, en cambio, ofrece la posibilidad de afirmar sobre ella, y en base a ella, la existencia e individualidad del proceso administrativo y del procedimiento administrativo. En este orden de ideas, Briseño Sierra sostiene que el proceso permite vincular a otro sujeto, a la parte, pero que en el procedimiento administrativo, los particulares intervienen como interesados, no como partes; el proceso se forma con acciones y con reacciones y con la sucesión de instancias simples, considerando el proceso como una serie de actos proyectivos. Finalmente, afirma, es en el proceso donde mejor se realizan las manifestaciones democráticas, las que no se dan en el procedimiento administrativo (13).

La tesis de Briseño es muy rica, y la distinción formulada adquiere una serie de matices; pero, posiblemente, por la misma naturaleza del tema que estudia, coloca el énfasis en lo contencioso, prescindiendo de las aportaciones señaladas por los estudiosos del procedimiento administrativo. En líneas generales, la postura de Briseño coincide con la actitud tradicional que hasta hace algún tiempo venían sosteniendo en varios países algunos autores (Francia), y sólo se explica por la absorción y fascinación que lo contencioso ha venido ejerciendo en detrimento de las garantías "no contenciosas" (ver infra. nº 9.3., donde se estudia la situación francesa).

Indudablemente es en el proceso administrativo donde se puede lograr una mayor democratización; pero entiéndase bien, se tra-

(13). BRISEÑO SIERRA: op. cit., págs. 131 y ss.

ta de una fase posterior a la emisión del acto. El procedimiento administrativo, en cambio, consigue esta democratización en las fases mismas de creación del acto, mediante la intervención que se concede a los particulares en algunas de sus etapas más importantes. Tanto la democratización como la intervención de los particulares constituyen principios fundamentales y fines que se propone lograr el procedimiento administrativo.

6. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El procedimiento que se aplique a la actividad administrativa será entonces el procedimiento administrativo. Es este un concepto provisional que será objeto de mayores precisiones. Para nosotros, inicialmente, el procedimiento administrativo "es el conjunto de principios y de formalidades previas a la producción del acto administrativo y que tienden a regularlo desde su iniciación, hasta el momento en que se dicta, su ejecución y los recursos a que da lugar en sede administrativa". Desde luego, y como tendremos ocasión de verlo más adelante, el procedimiento administrativo no regula toda la actividad de la Administración, escapando a su regulación la actividad interna de la misma Administración, los hechos, la actividad técnica y los actos administrativos bilaterales en las fases de perfeccionamiento, cuando las voluntades de los contratantes se perfeccionan, pero las fases preparatorias para llegar a ese acuerdo sí son objeto del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo regula, pues, la elaboración de los actos administrativos, y, dentro de los actos administrativos sólo los actos unilaterales y los bilaterales en sus fases preparatorias -ej., las formas y reglas de

adjudicación, selección de contratistas- previas a su perfeccionamiento por el acuerdo de voluntades respectivo. Sayagués Laso, por el contrario, acoge una noción amplia al decir: "el procedimiento administrativo es el conjunto de trámites y de formalidades que debe observar la administración al desarrollar su actividad" (14).

La anterior afirmación de que el procedimiento que se aplique a la actividad administrativa es el procedimiento administrativo, si a primera vista resulta simple, ha sido sin embargo objeto de arduas discusiones. ¿Qué se entiende por actividad administrativa? Para obtener el concepto de administración algunos recurren al concepto de función administrativa. El profesor Garrido Falla ha demostrado, en contra de esa solución, la imposibilidad de hablar de "una función administrativa" como de una cuarta función al lado de las tradicionales: legislativa, judicial y ejecutiva (15). Obtiene la noción de administración pública adoptando un criterio orgánico o subjetivo; parte de la teoría de la división de poderes de Montesquieu y sitúa la Administración en el seno del poder ejecutivo. Ahora bien, la Administración no es todo el poder ejecutivo, sino una parte de él; se trata de un complejo orgánico situado en el seno del poder ejecutivo y su actividad no es homogénea. El estudio de esa actividad constituye el objeto del

(14) SAYAGUES LASO, E.: "Tratado de Derecho Administrativo", T. 1º, págs. 161 y s., Montevideo, 1959, 2ª ed.

(15) GARRIDO FALLA, F.: "Tratado de Derecho Administrativo", 5ª ed., T. 1º, Madrid, 1970, págs. 30 y ss. GONZALEZ PEREZ habla de función administrativa al decir: "El procedimiento administrativo será por tanto, el procedimiento de la función administrativa" -op. cit., pág. 58. Ver también SAYAGUES LASO, E.: "Tratado...". GORDILLO: op. cit. (me refiero a él en nota nº 19, ver infra.) ALESSI: "Instituciones de Derecho Administrativo", T. 1º, Págs. 6 y ss.

derecho administrativo. De aquí que afirmemos que el procedimiento que se aplique a esa actividad administrativa, y sólo a ella, será entonces el procedimiento administrativo.

Señala el profesor Garrido que el derecho administrativo es un fenómeno histórico que nace con el Estado de Derecho, vinculado a las ideas y principios de la revolución francesa, aunque reconoce la existencia de algunas instituciones antiguas que hacen referencia a la Administración, pero que no constituyen Derecho Administrativo propiamente dicho, sino más bien simples precedentes históricos (16). En el mismo orden de ideas se expresa el profesor José A. García-Trevijano, quien vincula el nacimiento del Derecho Administrativo al momento de la revolución francesa, expresando que "la fecha de nacimiento del Derecho Administrativo coincide con la Revolución Francesa y más concretamente con la Constitución del año VIII" (17).

(16) GARRIDO FALLA, F.: op. cit., págs. 37 y ss. Ver también y del mismo autor, "Sobre el Derecho Administrativo y sus Ideas Cardinales", R.A.P. nº7, 1952. págs. 11 a 50, donde trata el tema con mayor amplitud, y "Las Transformaciones del Régimen Administrativo", Madrid, 1962, págs. 15 y ss.

(17) GARCIA-TREVIJANO, J.A.: "Tratado de Derecho Administrativo", T. 1º, pág. 144. Por otra parte, y entre otros, JEZE y GODNOW sostenían que el derecho administrativo se da en todos aquellos países que han adquirido un cierto grado de civilización para alcanzar los servicios públicos. PUGET, H. -en "Les Institutions Administratives Etrangères", Dallos, 1969, págs. 7 y ss.- considera que hay Administración aún donde se presenta un rudimento de Estado. Un estudio sobre distintas posturas doctrinales en MEILAN GIL, J.L.: "Proceso de la Definición del Derecho Administrativo", C.F.P.F., Madrid, 1967.

Ver también el interesante estudio del profesor GARCIA DE ENTERRIA, E. -"Revolución Francesa y Administración Contemporánea", Ediciones Taurus, 1972- en que ofrece una sugestiva visión de los antecedentes ideológicos y principales hechos de los revolucionarios franceses que incidieron en la conformación de la moderna administración pública, y como reacción a ese fenóme-

Hemos dicho que a la par del procedimiento administrativo puede hablarse con toda propiedad de procedimientos en el ámbito legislativo y judicial, según se aplique un procedimiento a esas funciones, presentando entonces rasgos y características particulares: a través del procedimiento legislativo se logra la ley, a través del judicial la sentencia. Tanto en el procedimiento administrativo como en el judicial se requiere -y es efectiva- la intervención de los particulares, intervención que, en cambio, se encuentra sensiblemente aminorada en el procedimiento legislativo.

El profesor Gordillo habla de procedimiento administrativo en lo que respecta a organización interna, medios materiales y personales de los órganos legislativos y judiciales; reconoce que se trata de jerarquías diferentes a las de la administración, aunque dice: "con todo, los principios fundamentales a aplicarse son los mismos, y entendemos por lo demás que en presencia de normas específicas para el procedimiento de los órganos judiciales y legislativos, le son de aplicación analógica las existentes para el procedimiento administrativo de los órganos dependientes del Poder Ejecutivo" (18). Considera además el acto administrativo como parte de la función administrativa, criticando el concepto orgánico o subjetivo. Para él, acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa sin interesar para ello

no la aparición del derecho administrativo. Del mismo autor: "Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario", Rivista Trimistrale di Diritto Pubblico, 1960, págs. 317 a 341. ANDRADE LABARCA, N.: "Consideraciones sobre el Concepto del Derecho Administrativo", Revista de la Facultad de Derecho de Zulia, nº6, 1962, págs. 5 a 13- divulga distintas posturas doctrinales.

(18) GORDILLO: op. cit., págs. 29 y s.

el órgano que ejerza dicha función, de allí la extensión y aplicación de estas ideas al procedimiento administrativo (19).

En nuestra opinión, no puede pretenderse que el procedimiento administrativo regule además las llamadas actividades administrativas de las funciones legislativas y judiciales, pues tales actividades no constituyen actividades administrativas propiamente dichas, y no son, ni pueden ser, objeto ni del Derecho ni del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo se aplica a la actividad administrativa que realizan los órganos de la Administración central, local e institucional. Conviene insistir, una vez más, en que los actos que regula son únicamente los actos administrativos propiamente dichos, excluyendo aquellos actos de la Administración que no están sujetos al régimen del derecho administrativo.

7. LA JURIDIZACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Toda Administración, cualquiera que ella sea e independientemente de su desarrollo y evolución, produce sus actos de acuerdo a una serie o sucesión de actos combinados entre sí y de algunas formalidades previamente establecidas. Tan cierto es que, en países en los cuales no existen leyes de procedimiento admi-

(19) Para una exposición más amplia de sus ideas sobre la función administrativa, ver su libro "El Acto Administrativo", 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, págs. 29 a 48. Ideas parecidas sostiene el profesor GARCIA-TREVIJANO en op. cit., págs. 135 y ss. Una crítica sobre esas pretendidas actividades administrativas de lo legislativo y lo judicial en GARRIDO FALLA -"Tratado...", págs. 38 a 47, especialmente las notas al pie de la página.

nistrativo, los actos administrativos son dictados según algunas reglas de procedimiento -aunque estas sean empíricas- siguiendo ciertas normas y hábitos dados por la costumbre, la rutina, y aún por la misma fuerza de la inercia que a menudo domina a los funcionarios, viniendo a ser, con el tiempo, más o menos obligatorias; o bien, y esto supone un mayor grado de juridización, según los criterios que va señalando la jurisprudencia de los tribunales comunes (países anglosajones) o de tribunales administrativos (caso de Francia); o bien por reglamentos dados por el ejecutivo, por normas de mayor valor formal, mediante leyes dictadas por los organismos legislativos, dando origen a las modernas codificaciones del procedimiento administrativo, ya sea en aspectos parciales o en su totalidad (ver infra., cap. 3).

La etapa culminante de este movimiento de juridización que se da con las modernas codificaciones, es posible únicamente dentro de un régimen administrativo, con las ideas y elementos del "Estado de Derecho", pues no son sino una expresión de un vasto movimiento de juridización del actuar administrativo, tendientes a eliminar o reducir el arbitrio administrativo y a introducir normas que constituyen verdaderas garantías para los administrados.

El procedimiento administrativo puede ser estudiado, además, desde el punto de vista de la ciencia de la administración; pero el que nos interesa aquí -el ángulo jurídico- únicamente puede ser concebido en un "Estado de Derecho", al requerirse el sometimiento de la Administración al Derecho. Se observa, últimamente, una tendencia universal de protección a los particulares frente al creciente intervencionismo administrativo; esta tendencia debe ser comprendida junto a otras figuras como el ombudsman, médiateur, o procurador, comisario parlamentario, etc. (ver supra, capítulo introductorio).

Hemos señalado que el procedimiento administrativo puede también ser estudiado desde una perspectiva no jurídica, desde el punto de vista de la ciencia de la administración. En este sentido el procedimiento administrativo ha sido calificado por González Navarro como un tema de encrucijada, pues en él confluyen ciencias diversas. "En este caso, ciencias jurídicas, como el Derecho procesal, el administrativo y el financiero, intersiccionan con ciencias no jurídicas, como la llamada Técnica de Organización y Dirección, la llamada Sicosociología administrativa y la Administración de Personal. De aquí que ni siquiera baste decir -aun siendo fundamentalmente exacto- que el procedimiento es un concepto de Teoría general de Derecho" (20).

Se comprende entonces que, al estar ligada la noción de procedimiento a criterios de eficacia, pueda ser trasladada a la administración, pues ella sigue también los criterios de racionalización aplicables a todo procedimiento al reunir caracteres de estabilidad, obligatoriedad y fijeza. La Administración pretende la eficacia, y al adoptar un procedimiento persigue obtener los mejores resultados con el ahorro de tiempo, costos y movimientos. Pero el procedimiento que adopte estará sujeto, en mayor o menor medida, al Derecho, y en este sentido el procedimiento administrativo juridiza la actividad administrativa. Se puede decir que "El procedimiento administrativo es, por tanto, jurídico en cuanto implica el sometimiento al principio de la le-

(20) GONZALEZ NAVARRO, F.: "La Prueba en el Procedimiento Administrativo" en Procedimientos Administrativos Especiales, Vol. 2º, E.N.A.P., 1969, pág. 21. Cfr. CATALDI GIUSEPPE: "Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici", Milán, 1967, especialmente págs. 173 y ss.

galidad. Obliga a la Administración a seguirle y suministra garantías, defensas a los particulares" (21).

Los actos, pues, que dicta la Administración, deben serlo de acuerdo a un procedimiento previamente establecido. La existencia de un procedimiento administrativo se impone hoy, en nuestra opinión, como una de las exigencias del moderno Estado social de Derecho, como uno de los medios adecuados de protección a los particulares, junto a la existencia de una jurisdicción administrativa que, en lugar de contraponersele, lo complementa.

8. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LO JURISDICCIONAL

Cuando la Administración decide un recurso administrativo que le ha sido planteado, la decisión constituye un acto jurisdiccional. Esta facultad de decisión jurisdiccional constituye una competencia normal, propia de la Administración, y no hay necesidad de recurrir a otras ideas para explicarla. Es por ello que se afirma que la actividad administrativa no es homogénea. Igual cosa puede decirse de la potestad reglamentaria de la Administración; desde el punto de vista substancial, es una actividad normativa. Ahora bien, estos actos normativos jurisdiccionales, precisamente por emanar de la Administración, tienen valor jurídico de actos administrativos; es decir, no son formalmente leyes ni sentencias.

Algún sector de la doctrina ha entendido que, entre la noción de "proceso" y la función "jurisdiccional", existe una completa

(21) MARTIN MATEO, R.: "Manual de Derecho Administrativo", Madrid, 1970, pág. 318.

identidad; pero lo jurisdiccional puede darse a través de cualquier otra forma que no sea el proceso. Ahora bien, es en el campo procesal donde la noción de proceso se ha elaborado originalmente, pero muchos de los caracteres jurisdiccionales pueden darse en el seno de la misma Administración, y es posible y admisible, hablar de jurisdicción, de actos jurisdiccionales en la misma Administración. Haciendo referencia a los aportes hechos desde el campo procesal, Langrod considera al procedimiento administrativo como un fragmento del procedimiento jurídico general, señala que en los distintos derechos procesales hay puntos comunes y principios generales, que han sido estudiados por grandes procesalistas, especialmente por la doctrina alemana con la "teoría de la relación procesal", según la cual se establece un lazo de carácter temporal entre órganos y partes; este lazo abre la posibilidad de otras investigaciones de procedimientos extra-judiciales; limitar toda concepción procesal al cuadro de la justicia, al proceso jurisdiccional, "C'est sacrifier le normal au pathologique: le procès devant la justice est réellement un phénomène "pathologique" dans le sens, que toute affaire qui y passe doit être "malade" sous un aspect ou un autre" (22).

Si bien los aportes desde el campo procesal son considerables, no puede admitirse que el derecho procesal se identifique con el derecho de la función jurisdiccional; no hay una identificación

(22) LANGROD, G.: op. cit., pág. 70. ISAAC, G.: op. cit., pág. 103 -sostiene la unidad de la noción de proceso jurídico, común a todas las ramas del derecho, el cual se exterioriza por teorías y nociones generales comunes. ROYO VILLANOVA, S.: "El Procedimiento Administrativo como Garantía Jurídica", R. E. P., nº 48, págs. 55 a 118. LOPEZ NIETO y MALLO, F.: "El Procedimiento Administrativo", Barcelona, 1960, pág. 24.

entre los conceptos "jurisdiccional" y "procesal" (23), salvo que su uso y utilización sean admitidos convencionalmente.

Existen, desde luego, analogías entre lo "judicial" y lo "administrativo" (competencia, recusación, abstención, etc.) cuyos principios son comunes a ambas disciplinas; otro ejemplo sería la consideración jurídica de las partes: capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación en causa, postulación, etc. A la acumulación de acciones en el derecho procesal corresponde la acumulación de expedientes en lo administrativo. A las providencias, autos y sentencias judiciales corresponden los proveídos, acuerdos, y resoluciones administrativas. La intervención de las partes en el proceso judicial tiene un paralelo con la audiencia del interesado y del derecho de información en los expedientes administrativos. En lo administrativo se encuentran también medios de prueba, notificaciones y recursos. Todas estas analogías se explican, pues el procedimiento no ha sido objeto

(23) GARRIDO FALLA, F. -en op. cit., págs. 41 y ss., nota 27- apunta que lo jurisdiccional puede darse, y hubo épocas históricas en que se dió, por otras instituciones distintas al proceso. ZANOBINI, G. -en "Curso de Derecho Administrativo", T. 1º, Buenos Aires, 1954, págs. 346 y ss. - señala que el procedimiento administrativo difiere del judicial. GUAITA, A. -en "Derecho Administrativo Especial", T. 1º, 1969, págs. 148-149- dice: "Como es sabido, la Administración resuelve controversias entre partes y recursos (administrativos), lo que implica evidentemente ejercer funciones jurisdiccionales a pesar de la pretensión de que tales funciones sean exclusivas de los tribunales de justicia". Ver GARCIA-TREVIJANO, J. A.: op. cit., T. 2º, pág. 385. Hay quienes como PARADA VAZQUEZ, J. R. -en "Privilegio de la Decisión Ejecutoria y Proceso Contencioso", R. A. P., nº 55, 1968- opinan que la explicación se encuentra en el abandono de la teoría del ministro-juez; "Puede decirse, por ello, que el precio que la Administración ha exigido para dejarse enjuiciar definitivamente por los tribunales integrados en el poder judicial e independientes del Gobierno, será precisamente éste de hacerse reconocer a sí misma potestades judiciales" (pág. 106).

de estudio por parte de una teoría general, y cada disciplina ha tenido que hacer sus veces; la ciencia del derecho procesal judicial se ha adelantado a todas, "Ella es la que nos ha proporcionado los instrumentos de su depurada técnica, que permiten elaborar una teoría del procedimiento administrativo que sin ellos talvez no hubiera nacido" (24).

Royo Villanova, siguiendo a Spiegel, dice que una persona puede bien no verse envuelta en procedimientos civiles o criminales, pero que difícilmente escapa al administrativo. Lo civil y lo penal pertenecen a la patología, lo administrativo y la jurisdicción voluntaria (25) a la filosofía y la higiene que tienen interés para todos. Langrod sostiene que el procedimiento civil es un fenómeno patológico, pero que el procedimiento administrativo es en principio un fenómeno normal no patológico, y debería más bien ser comparado a la actividad jurídica del individuo (26).

El procedimiento administrativo surgió a influjos del procedimiento judicial, como un efecto de la tendencia del Estado de De

(24) ROYO VILLANOVA, S.: op. cit., pág. 61. DEBBASCH, C. -en "Institutions Administratives", Paris, 1966, pág. 216 - señala que el proceso contencioso-administrativo se ha inspirado en el civil, sobre todo en lo que se refiere a la protección de los particulares, pero que el procedimiento seguido ante la administración activa a su vez ha inspirado al contencioso administrativo (ej., recepción de escritos, plazos, iniciativas, etc.). Cfr. DEBBASCH, C.: "Procédure Administrative Contentieuse et Procédure Civile", L.G.D.J., Paris, 1962.

(25) GARRIDO FALLA, F. opina que la jurisdicción voluntaria no es objeto del estudio del Derecho Administrativo: ver op. cit., págs. 41 y ss., nota 27. En cambio, GARCIA-TREVIJANO, J.A. -op. cit., T. 1º, pág. 136- entiende que puede hablarse de una función administrativa del Poder judicial y que sus actividades serían la llamada jurisdicción voluntaria.

(26) LANGROD, G.: op. cit., p. 71.

recho a asemejar la administración a la justicia. El procedimiento judicial ha sido una gufa y fuente de inspiración para el nacimiento y desarrollo del procedimiento administrativo, fenómeno desde luego comprensible y explicable dada la antigüedad y alto rango del procedimiento judicial. Si bien entre ambas ciencias se dan tantos puntos de coincidencia y analogías, la autonomía del procedimiento administrativo -al encontrar su justificación y razón de ser en sí mismo- ofrece muy pocas dudas.

9. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO - DIFERENCIAS - ENFOQUES CONTENCIOSOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Existe una unidad fundamental de todos los procesos jurisdiccionales: civil, penal, mercantil, laboral, administrativo y constitucional (27). Para González Pérez, el objeto del derecho procesal es el proceso; el del procedimiento es ser cauce y forma

(27) De esta identidad parte DANTE BARRIOS DE ANGELIS -en "Teoría del Proceso Administrativo y Constitucional", Perspectivas T.V., págs. 639 a 667- para formular una interesante teoría del proceso administrativo y constitucional, haciendo notar que la expresión proceso constitucional es relativamente nueva y es una aplicación de la teoría general del proceso. Ver GRAU ARMANDO, E.: "La Razonabilidad en el Procedimiento Administrativo", Rev. Ciencias Administrativas, nº 27, 1968, págs. 23 a 36, trabajo presentado en el XIV Congreso Internacional de Ciencias Administrativas en Dublín, septiembre 1968- quien dice (antes de que se dictara la L.P.A. Argentina) que lo consideraba reglado en el orden administrativo federal, por medio de leyes o reglamentos; son algunas "instituciones procesales especiales, las cuales componen el tipo de "procedimiento de impugnación" de actos particulares" (pág. 26). Confunde el procedimiento con lo procesal. El procedimiento administrativo, hemos dicho, no es un proceso.

de la actividad administrativa. El derecho procesal administrativo estudia el proceso administrativo; el procedimiento administrativo estudia la actividad administrativa; cada uno tiene su objeto de preocupación científica propio, lo cual les da un contenido distinto (28). Hay quienes han vinculado al derecho procesal el procedimiento y han hablado de un derecho procesal administrativo, que comprendería el proceso administrativo y el procedimiento administrativo. Por ejemplo, Nava Negrete considera que en el "Derecho Procesal administrativo cabe hablar de proceso y procedimiento, quienes participan de la teoría general del Proceso". Desde luego, esta concepción es criticable, al ser proceso y procedimiento dos cosas distintas (29).

(28) GONZALEZ PEREZ prefiere hablar de Derecho Procesal Administrativo: op. cit., págs. 70 y ss. Además, así llama a una de sus obras: ver "Derecho Procesal Administrativo". En el mismo sentido, GORDILLO, A.: op. cit., pág. 25. BARRIOS DE ANGELIS, D: op. cit., págs. 645 y ss. - prefiere hablar de proceso administrativo pues en lo "Contencioso Administrativo" hay una elipsis y es redundante. Otros prefieren llamarle "Proceso Contencioso-Administrativo", o simplemente "Contencioso-Administrativo", siguiendo su origen francés; dan como argumento que con ese nombre la doctrina identifica inmediatamente el problema. Entre otros, BRISEÑO SIERRA: op. cit., págs. 191 y ss. BERCAITZ, M. A.: op. cit. -emplean la expresión "contencioso-administrativo". LOPEZ NIETO y MALLO FRANCISCO: op. cit., págs. 32 y ss.

Otros critican la denominación "contencioso-administrativo" por inadecuada y recomiendan "proceso administrativo", aunque utilicen "contencioso-administrativo" por ser el más extendido en las legislaciones. Por ejemplo, SARMIENTO NUÑEZ: "El Procedimiento Contencioso-Administrativo en la Corte Suprema", Rev. Facultad de Derecho, Zulia, Venezuela, nº 16, págs. 81 a 94, especialmente 84.

(29) NAVA NEGRETE: op. cit., pág. 76. Mismo sentido, CARMONA ROMAY, VILLAR Y ROMERO.

El procedimiento administrativo no es un simple presupuesto de la acción judicial que posteriormente pueda plantearse ante los tribunales contenciosos administrativos; antes, por el contrario, tiene su propia autonomía. "...el procedimiento administrativo no es un mero requisito formal que deba cumplir el particular o la administración antes de pasar a la justicia el asunto, sino que debe funcionar como un medio autónomo de revisión de los actos administrativos, sin que haya que influir en su modo de funcionamiento, en cuanto a dicha resolución administrativa se refiere, la existencia del recurso judicial posterior" (30). Su objeto no es ser una simple antesala o vestíbulo de la función jurisdiccional administrativa. Por otra parte, el procedimiento administrativo no admite tampoco comparación con la etapa de conciliación del proceso ordinario.

El procedimiento administrativo es previo, sin su existencia no puede darse el proceso administrativo; así, para impugnar un acto, éste debió antes dictarse bajo ciertas circunstancias y requisitos mínimos, regulados por el procedimiento administrativo. Ahora bien, ambos caminos no son excluyentes, sino que, como señala López Nieto y Mallo, vienen a ser "dos vías, caminos, o procedimientos distintos y necesariamente sucesivos, esto es que donde termina el uno empieza el otro" (31).

(30) GORDILLO: op. cit., pág. 39. GONZALEZ PEREZ: "Los Recursos Administrativos", 2ª ed., pág. 40. PARADA VAZQUEZ, J.R.: op. cit., pág. 67 - dice "El proceso contencioso no tiene por qué ser, como es prácticamente ahora, un proceso de apelación".

(31) LOPEZ NIETO Y MALLO: op. cit., pág. 32. LAUBADERE: op. cit., T. 1º, pág. 261- sostiene que ni las reglas ni los principios señalados por la jurisprudencia contencioso-administrativa se aplican directamente al procedimiento administrativo. "Mais certaines préoccupations étant communes aux deux procédures (p. ex. l'idée de permettre à l'administré, comme au justiciable, de défen-

En Alemania algunos han considerado que se tratan de dos vías abiertas a los ciudadanos de manera alternativa, pudiendo elegir entre ellas. Kniesch considera que establecer el procedimiento administrativo como previo constituye una intromisión de lo ejecutivo en lo judicial. Claseb lo contradice, afirmando que el procedimiento administrativo es una actividad puramente administrativa, por más que se asemeje a lo judicial; igual criterio sostiene Ule. Bettermann dice que lo contencioso administrativo no es una continuación del procedimiento, lo que sí se da en lo económico-administrativo, pero no en lo contencioso general y social. Lo procesal y lo procedimental administrativo se encuentran situados paralelamente, y la continuidad de ambos es cronológica. Bettermann considera superfluo lo procedimental administrativo, pues opina que lo contencioso administrativo ofrece suficientes garantías para los particulares, cuya consecuencia sería la eficacia administrativa.

Por otra parte, según el criterio de Bettermann, los objetivos del procedimiento administrativo son: a) aliviar de trabajo a la jurisdicción; b) proteger a la administración contra una resolución precipitada de una autoridad administrativa inferior, y c) proteger los derechos del ciudadano. Otros opinan que lo contencioso administrativo sólo puede iniciarse hasta que se ha agotado el procedimiento administrativo.

De Alemania, se dijo, incluso, que hay una relativa desvalorización de los estudios de lo contencioso por tratarse de un medio de control esporádico y a posteriori, que no siempre está al al-

dre ses intérêts, l'exigence d'impartialité, la jurisprudence s'inspire sur certains points et dans une certaine mesure de principes contentieux qu'elle transpose sans être, ici, liée par eux".

cance de los ciudadanos por dificultades de todo orden -económicas y culturales especialmente-; en este sentido, el procedimiento administrativo puede aportar algún remedio a esa situación(32).

El derecho procesal administrativo y el procedimiento administrativo son ciencias autónomas, cada una tiene su propio objeto de estudio. El procedimiento administrativo puede darse sin necesidad de un proceso administrativo sucesivo; pero no puede darse el proceso administrativo sin la previa existencia de un procedimiento administrativo, ya que -repetimos-, para impugnar un acto administrativo en vía contenciosa, debió haber sido dictado previamente de acuerdo a un procedimiento administrativo. Por otra parte, el procedimiento administrativo tiende a que se dicte un acto señalando el camino, la forma de hacerlo. El contencioso, una vez que el acto tiene carácter definitivo en sede administrativa, tiende a dejarlo sin efectos. El procedimiento administrativo es sencillo, no presenta grandes exigencias, se caracteriza por su antiformalismo en aras de la celeridad y de la eficacia; el contencioso, aunque con características particulares, tiende a seguir los lineamientos del proceso judicial y es mucho más complicado.

Ule considera que existe una íntima relación entre proceso administrativo y procedimiento administrativo, y dice: "Cuanto menos formalmente esté organizado el procedimiento administrativo, cuando menos garantías ofrezca a los particulares, tanto más rigurosamente ha de ser constituido el proceso contencioso; pero si el procedimiento administrativo ofrece, por el contrario, la garantía suficiente de que el objeto discutido puede ser justamen

(32) Ver NIETO, A.: "El Procedimiento Administrativo en la Doctrina y en la Legislación Alemanas", R.A.P., nº 32, 1960, págs. 36 y ss.

te fijado y valorado, puede renunciarse a una organización de la jurisdicción administrativa basada en varias instancias" (33).

9.1. Diferencias. - Podemos señalar las siguientes diferencias:

- 1º) La vía administrativa pretende provocar que se dicte un acto; la vía procesal no se da si previamente no existe tal acto.
- 2º) El procedimiento administrativo es sencillo, lo contencioso complejo.
- 3º) Los órganos llamados a resolver en la vía administrativa pertenecen a la misma Administración; los contenciosos son tribunales independientes.
- 4º) Las resoluciones en vía administrativa se llaman proveídos, decretos, resoluciones, disposiciones que en ciertos casos no necesitan ser razonadas; en lo contencioso se habla de providencias, autos y sentencias que necesitan ser razonadas con resultados de hechos y consideraciones jurídicas.
- 5º) La regla del tracto procesal, que es esencial al proceso, no tiene aplicación en el procedimiento administrativo, es decir que la invalidez de un acto no implica la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes de él; conservan, por consiguiente, su validez los actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse producido esa nulidad.

(33) Cita tomada de NIETO: op. cit., pág. 91, de la obra de ULE: "Verwaltungsprozessrecht", München, 1960, pág. 15. En igual sentido, BETTERMANN dice que "a mayor y mejor jurisdicción contencioso-administrativa ha de corresponder menos forma judicial en la administración, menos procedimiento administrativo previo, menos instancias administrativas" -NIETO, pág. 92, tomada de "Das Verwaltungsverfahren" (pág. 168).

Puede añadirse que el procedimiento administrativo difiere del judicial, no sólo por la diferente naturaleza de los actos que lo componen y del final que lo corona, sino además, por la gran variedad de extensión y elementos que corresponden a la variedad del contenido y estructura de los actos administrativos contrastando con la relativa uniformidad del procedimiento jurisdiccional (34).

En cuanto a la tercera diferencia, hay que señalar que esa afirmación es válida para España, donde los tribunales de lo contencioso-administrativo están ubicados en el poder judicial y gozan de independencia. En cambio, en otros sistemas (Francia) los tribunales de lo contencioso están en la misma administración. Para Hauriou, la función jurisdiccional del Conseil d'Etat es una sagaz construcción del régimen jurídico administrativo, mediante la que se lograba la creación de un juez que, estando en la Administración, no es la Administración (35).

9.2. Enfoques contenciosos del Procedimiento Administrativo. -

A pesar de las diferencias y puntos de coincidencia señalados, se encuentran enfoques del procedimiento administrativo bajo un ángulo contencioso, tal y como venía ocurriendo hasta hace poco

(34) ZANOBINI: op. cit., pág. 349.

(35) Citado por GARRIDO FALLA: "Tratado...", T. 1º, pág. 43. Un estudio comparativo en PUGET, H. -op. cit., toda la segunda parte relativa a "Les recours et les juridictions en matière administrative à l'étranger", págs. 175 a 264- donde estudia los sistemas anglosajones y los distintos sistemas continentales europeos. WEIL, P. -"El Derecho Administrativo", Taurus, Madrid, 1966, Págs. 22 y ss. - habla también de una jurisdicción administrativa dentro de la administración. GONZALEZ PEREZ -"Derecho Procesal", T. 1º, págs. 191 y ss. - con referencias a la problemática latino-americana, estudia al amparo mexicano y nicaragüense conjuntamente. BRISEÑO SIERRA: op. cit.

en Francia. No es sino con los trabajos pioneros de Langrod, y más tarde con los de Auby e Isaac, que se estudia el procedimiento administrativo como algo autónomo, reaccionando contra esos enfoques contenciosos.

Langrod, en su artículo tantas veces mencionado, señaló la existencia de una "verdadera fascinación" de lo contencioso en detrimento de los estudios del procedimiento administrativo, utilizando la expresión "procédure administrative". Auby consideró además que cabía perfectamente un estudio jurídico de la emisión del acto, añadiendo el calificativo "non-contentieuse" para evitar confusiones con el proceso administrativo. La denominación "procédure administrative non contentieuse" se ha generalizado entre los autores de lengua francesa para designar al procedimiento administrativo (36). Otro sector de la doctrina ha señalado la insuficiencias del control jurisdiccional como medio de los particulares, pues se trata de un control 'après-coup' (37). En este sentido, Weil sostiene que en el derecho francés la protección del ciudadano se busca a través del control a posteriori de la acción administrativa por el juez, especialmente por el juez

(36) LANGROD: op. cit., pág. 29, AUBY, J.M.: "La Procédure Administrative Non Contentieuse", Chronique Dalloz, 1956, págs. 27 a 32. Siguen la denominación de Auby, entre otros, LAUBADERE: "Traité...", T. 1º, pág. 261; ISAAC, así titula su obra; DEBBASCH: "Droit Administratif", Paris, 1971, 2ª ed., págs. 323 y ss; BRAIBANT, G.: "Le Droit Administratif Français", Paris, 1972, fascículo 2º, págs. 365 y ss.

(37) RIVERO, J., con mucha ingeniosidad hace esas consideraciones en: "Le Huron au Palais Royal ou Réflexions Naïves sur le Recours pour Excès de Pouvoir", Chronique Dalloz, 1962, págs. 37 a 40. TOURDIAS -en "Le Tribunal Administratif, Juge de Droit Commun en Matière Administrative depuis 1954", J. C. P. (Semaine Juridique)- habla de la reforma de lo contencioso que pretendía acelerar, democratizar y desconcentrar, sobre todo, lo contencioso-administrativo.

administrativo, y que el procedimiento administrativo tiene muy poca importancia comparado con el procedimiento administrativo contencioso y los recursos contenciosos (38).

Una explicación a esa "fascinación" que ejerce lo contencioso puede encontrarse en el hecho de que la jurisdicción administrativa en Francia está organizada a imagen de la jurisdicción ordinaria (pese a su ubicación en el seno de la misma administración), y también al dominio teórico que lo contencioso ejerce sobre el procedimiento administrativo. Con todo, se han dado algunas aproximaciones a la noción misma de procedimiento administrativo - aunque sea parcialmente- pero desde el ángulo jurisdiccional como "vicios del procedimiento", vicios de forma, situación que ha repercutido en la doctrina, y autores como Waline, Vedel y Rivero estudian el procedimiento desde una perspectiva contenciosa.

En cambio, otro sector considerable de la doctrina (Hauriou, Letourner, Laubadère, Auby) analiza el procedimiento administrativo como algo en sí mismo. Esta tendencia ha adquirido recientemente un notable impulso gracias a las construcciones jurisprudenciales y a las consideraciones de Isaac. Isaac reacciona contra la absorción que lo contencioso ha ejercido tradicionalmente en detrimento del procedimiento de la actividad administrativa, haciendo hincapié en las garantías administrativas proclamadas en los primeros años de la revolución francesa y que algún autor, como Rivero, califica de "edad de oro" de las garan

(38) WEIL, P.: op. cit., pág. 86. DEBBASCH, C. -"Institutions Administratives", pág. 233- después de señalar algunos defectos de la jurisdicción contencioso-administrativa, dice que resultan del hecho de que se ha dejado cegar por la perspectiva de un recurso contra la decisión administrativa "au lieu d'organiser la protection des administrés au stade de la prise de la décision administrative".

tías previas (39). Finalmente Isaac llega a plantear la posibilidad y conveniencia de un código de procedimiento administrativo en aquél país (40).

En algunos sistemas, especialmente los anglo-sajones, la relación entre procedimiento administrativo y contencioso administrativo se presenta aún más claramente y el procedimiento administrativo suele presentarse como "quasi-contencioso". Sin embargo en los Estados Unidos existe, y puede hablarse con toda propiedad, de una ley de procedimiento administrativo (más ampliamente, cfr. infra cap. III, nº 5.2)

Contrasta notablemente con la situación francesa, la importancia concedida en el ordenamiento jurídico austríaco al procedimiento administrativo, en donde el centro de gravedad de las garantías de los particulares se prefiere situar en las fases mismas en que se desarrolla la actividad administrativa. El control jurisdiccional pasa a un segundo plano. No existe esa fascinación por lo contencioso. Y así, "Austria ofrece el extraño ejemplo de una literatura jurídica dedicada al procedimiento administrativo mucho más abundante y rica que la dedicada al procedimiento contencioso-administrativo" (41).

(39) RIVERO, J.: "Le système français de protection des administrés contre l'arbitraire administrative à l'épreuve des faits", Mélanges Dabin, Bruselas, 1963, T. 2º, págs. 80 y ss.

(40) ISAAC: op. cit., págs. 685 y ss. LAUBADERE -en "Traité...", T. 1º, pág. 260- considera que el problema de la codificación del procedimiento administrativo no es más que un aspecto del problema aún más amplio de la codificación del Derecho Administrativo.

(41) NIETO, A.: "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", R. A. P., nº 37, 1962, pág. 108.

10. CONTENIDO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

De una manera muy general, habíamos señalado que el procedimiento aplicable a la actividad administrativa era el procedimiento administrativo, noción provisional que requiere mayores precisiones.

En primer lugar, el procedimiento administrativo es externo y excluye, por lo tanto, las actividades administrativas internas, actividades técnicas, etc. que no trascienden al administrado. (ver, p. ej., Polonia en su ley de 1960, *infra*, cap. III, nº 5. 7) Por su carácter externo, regula las relaciones entre la administración y el administrado, o bien entre la administración y otro sujeto de derecho -la administración descentralizada-. Partiendo de esta postura en principio, el procedimiento administrativo excluiría las reglas de competencia y de organización administrativa, sin embargo hay casos en los cuales la distinción no es muy clara y debe, por consiguiente, estudiarlas (42). Así respecto a las reglas de organización: a) cuando se refieren a la organización de tutela y jerarquía, en la medida en que puedan afectar la actividad de los órganos administrativos y además a la organización y planteamiento de los recursos administrativos; b) referente a los órganos colegiados, interesan las reglas de constitución, organización, funcionamiento y decisiones que toman; c) las delegaciones y avocaciones, sus finalidades y reglas.

Las reglas de competencia, en principio, están excluidas del procedimiento administrativo; sin embargo, hay casos en los cuales resulta muy difícil diferenciar una regla de competencia de

(42) ISAAC: op. cit., págs. 159 y ss. DEBBASCH, C.: op. cit., págs. 324 y ss. BRAIBANT, G.: op. cit., 2º fascículo, págs. 366 y ss.

una regla de procedimiento administrativo. Así, en las co-decisiones por dictámenes, cuando el dictamen es o no vinculante, aunque encierran reglas de competencia, forman parte del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo regula, única y exclusivamente, la actividad administrativa que se expresa mediante actos administrativos. Quedan excluidos, por consiguiente, de su contenido, los hechos y las actividades técnicas, y además los actos de la administración que tienen un carácter jurídico privado (civil, mercantil o laboral), actos que no están sujetos a la regulación del derecho administrativo (ver, por ejemplo, la codificación yugoslava de 1965, infra capítulo III, nº 5.9). Aurelio Guaita dice al respecto: "... la ejecutividad, etc, puede y debe predicarse de los actos administrativos, no de los restantes actos de la Administración, no indiscriminadamente de todos los actos de la Administración, pues está bien claro que un acto jurídico-privado (civil, mercantil o laboral) de la Administración, ni se presume válido ni es ejecutivo" (43). Además, la presunción (*iuris tantum*) de validez o presunción de legitimidad, la ejecutividad y la acción de oficio, es decir las prerrogativas de que goza la administración únicamente se dan respecto a los actos administrativos y son manifestaciones del

(43) GUAITA, A.: "La Revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo", Madrid, 1964, pág. 53. Cfr. GARRIDO FALLA, F.: "Tratado...", T. 1º, págs. 547 y ss. STJEPANOVIC, N. - en "Principi Fondamentali della Procedura Amministrativa in Jugoslavia", Perspectivas, T. Vº, págs. 619 a 638- dice que la ley de procedimiento yugoslava excluye de su regulación: "1º) gli atti materiali e le operazioni degli organi dell'amministrazione statale; 2º) i contratti e le altre pratiche di diritto civile cui partecipano delli organi, e 3º) le disposizioni e atti giuridici di carattere generale che gli organi dell'amministrazione statale sono autorizzati ad emanare in base a un'esplicita disposizione di legge" (pág. 626).

principio de autotutela administrativa.

El procedimiento administrativo tampoco regula los actos bilaterales y los contratos administrativos, pero sí son objeto de su estudio las fases previas al acuerdo de voluntades, antes de que se perfeccione el acto -licitaciones, modos de adjudicación, etc. En realidad, estos actos bilaterales de la administración están sometidos a normas distintas de las que regulan el procedimiento administrativo. La creación de los actos bilaterales, su competencia, formalidades de perfeccionamiento, etc. son diferentes y por lo tanto deben ser estudiados aparte. Gordillo, en cambio, incluye los contratos administrativos. Es notable la coincidencia entre la postura de Gordillo y la doctrina alemana; Bachof, Frochler y Ule, al examinar un primer texto sobre el proyecto de procedimiento administrativo alemán de 1963, se pronunciaron unánimamente por la inclusión del tema de los convenios públicos en el capítulo cuarto de dicho proyecto (44).

Respecto a los actos bilaterales y los contratos administrativos, la primera fase de ellos -en la que aún no han intervenido otras voluntades para perfeccionarlos- pueden sí ser objetos de la regulación del procedimiento administrativo; pero haciendo la salvedad (repetimos) que sólo en aquellas fases en que la administración actúa unilateralmente; pues la intervención de otras voluntades para perfeccionarlos no lleva al ámbito de las relaciones bilaterales administrativas -ej., licitaciones, expropiaciones, contratos, etc.

(44) GORDILLO: op. cit., pág. 419. Ver NIETO, A.: op. cit., págs. 483 a 522.

El congreso internacional de Ciencias Administrativas de Dublín de 1968 -Rapport General de WENNERGREEN, Bruselas, 1968- excluye los actos bilaterales del contenido del procedimiento administrativo. Ver supra, nota 43, in fine, la situación en Yugoslavia.

El procedimiento administrativo regula la producción de los actos administrativos unilaterales: actos administrativos stricto sensu y reglamentos, desde su iniciación hasta el momento en que se dictan; los medios por los que son dados a conocer (mediante las formas de publicidad), su ejecución y los recursos a que da lugar en sede administrativa, y las fases previas de los actos bilaterales, cuando aún no han intervenido las voluntades de los contratantes para perfeccionarlos.

Hay autores que excluyen la ejecución del acto del contenido del procedimiento administrativo. Isaac dice que la ejecución de los actos administrativos, como de las leyes, es asunto de justicia y no cuestión administrativa, desde que ella no es voluntaria, en cuanto se convierta en contenciosa (45). Pero no hay que olvidar que la administración goza del privilegio de la ejecutoriedad y que ella misma puede ejecutar sus actos, y esta actividad creemos que debe quedar sujeta a las reglas y principios del procedimiento administrativo, pues constituye uno de los medios para lograr una verdadera democratización en la misma sede administrativa, y no posteriormente en lo contencioso, que es "après-coup".

Algunos autores estiman que no existe una coincidencia entre "la vía administrativa" y el procedimiento administrativo general, considerando que en ella caben varias etapas, y que cada una de ellas serían tantos otros procedimientos administrativos. Es decir, que para ellos la impugnación de los actos en sede administrativa constituye un procedimiento distinto al procedimiento de

(45) ISAAC: op. cit., pág. 171. En el mismo sentido, LAN-~~...~~
GROD: op. cit., pág. 71. Hay quienes en cambio incluyen la ejecución, entre otros, GABINO FRAGA: "Derecho Administrativo", México, 1963, 10ª ed., pág. 283; NAVA NEGRETE: op. cit.; etc.

formación de los actos administrativos, habrían, por consiguiente, tantos procedimientos administrativos como instancias en la vía administrativa (46)

Nosotros, sin embargo, sostenemos la tesis contraria: el procedimiento es un todo, es unitario, y los recursos a que un acto da lugar en sede administrativa no son más que meras fases e incidencias de un mismo y único procedimiento.

La unidad del procedimiento general administrativo se encuentra en tensión con la especialidad, de allí que sean posibles varios procedimientos especiales por las características particulares que presentan, ej.: procedimientos aplicables a las esferas militares. En este sentido, sí cabe hablar de varios procedimientos en la vía administrativa, es decir que al lado del procedimiento general administrativo existirán otros procedimientos administrativos. Pero, entiéndase bien, la fase impugnativa de cualquiera de ellos no significa que esa impugnación constituya, por sí y

(46) Entre otros, GONZALEZ NAVARRO, F.: "Procedimiento Administrativo y Vía Administrativa", R.A.P., nº 51, 1966, págs. 181 a 197. ROYO VILLANOVA: op. cit., págs. 73 y ss. LOPEZ NIETO Y MALLO: op. cit., pág. 28. GARCIA OVIEDO, C.: "Derecho Administrativo", E.I.S.A., 8ª ed., Madrid, 1962, págs. 821 y ss.

Pero en realidad, creemos que se trata más bien de una postura derivada de una solución legal concreta pues González Navarro, al criticar la tesis de los que sostienen la unidad del procedimiento, dice: "A pesar de la carencia de fundamentación de la doctrina establecida, podría tal vez aceptarse como criterio definitivo, si no fuera porque choca abiertamente con la legalidad establecida" -op. cit., pág. 191. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español mantiene la tesis de que los recursos administrativos son una mera fase del procedimiento administrativo, es decir la tesis de la unidad del procedimiento administrativo. Se encuentran posturas similares a las del Tribunal Supremo en algunos sectores doctrinales, ej.: AURELIO GUAITA -op. cit., págs. 35 y ss.

ante sí, un otro procedimiento, sino que sería una fase secundaria -si se quiere- del procedimiento original -general o especial- que motiva esa impugnación.

11 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - VIA ADMINISTRATIVA - VIA GUBERNATIVA - EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

11.1. Expediente administrativo. - El procedimiento administrativo está integrado por una serie de actos que tienden a la producción de un acto administrativo. El expediente no es más que la materialización del procedimiento, "el procedimiento hecho papel", es el resultado que se obtiene de la llamada actividad de constancia. "El expediente es un cuerpo de escritos que refleja o representa el desenvolvimiento de las distintas actividades que tienen lugar a lo largo del procedimiento administrativo" (47).

11.2. Vía administrativa. - La expresión vía administrativa suele emplearse para denominar los trámites administrativos y actos que tienden a la producción del acto administrativo -por lo tanto previos a la vía contenciosa. Para algunos abarca varios procedimientos administrativos. Para nosotros, que aceptamos y compartimos la teoría unitaria, equivale a procedimiento administrativo; vienen a ser sinónimos, pueden utilizarse indistintamente ya que ambas expresiones aluden a un mismo contenido; resultando sin embargo más clara y precisa la denominación procedimiento administrativo.

(47) GONZALEZ NAVARRO -op. cit., pág. 184- critica lo que él llama el lenguaje poco técnico de la ley de procedimiento española de 1958. Ver GUAITA: op. cit., pág. 30. Una consideración procesal del expediente administrativo en GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal...", T.2º, págs. 705 y ss.

11.3. Vía administrativa y vía gubernativa. - Es frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia emplear indistintamente como sinónimos las expresiones "vía administrativa" y "vía gubernativa" para designar al procedimiento que se tramita ante los organismos administrativos. El uso indiscriminado e indiferenciado de estos términos ha alcanzado una difusión tan considerable que incluso han terminado por obtener su carta de ciudadanía, imponiéndose finalmente en la doctrina.

No tenemos ningún reparo en admitir el uso de tales expresiones (como otras de las tantas maneras posibles de llamar al procedimiento administrativo), dado el valor convencional que tienen y el uso tan extendido que han alcanzado. Sin embargo, y en la conveniencia de utilizar algún sinónimo o término equivalente a procedimiento administrativo, preferimos la denominación "vía administrativa" a la de "vía gubernativa", pues esta última puede prestarse a equívocos y confusiones.

Calificar de "vía gubernativa" al procedimiento integrado por actos administrativos, que se tramitan ante organismos administrativos, para crear actos administrativos llamados a producir efectos administrativos, puede prestarse a posibles confusiones. Además estos actos administrativos son impugnables ante la misma administración y, posteriormente, pueden serlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la doctrina española, González Navarro sostiene una opinión similar: acepta la expresión "vía administrativa", pero rechaza la de "vía gubernativa", estimando que esta última "debe rechazarse por inapropiada para designar la actuación ante organismos administrativos previa a una actuación en vía judicial. Y ello por la sencilla razón de que aquella actuación tiene lugar ante órganos administrativos de todas clases y no exclusivamente

te ante los gobernadores civiles, ni tampoco ante el Gobierno" (48).

La expresión correcta para denominar el procedimiento ante los organismos administrativos es la de procedimiento administrativo, o vía administrativa.

12. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho administrativo es "aquella parte del Derecho Público que determina la organización y comportamiento de la administración (directa o indirecta) del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado" (49).

Si tanto el derecho administrativo como el procedimiento administrativo estudian la actividad administrativa, ¿qué relación guardan entre sí? "La relación entre el derecho administrativo y el derecho del procedimiento administrativo es de género a especie: el último es tan sólo una parte del primero" (50). El procedimiento administrativo es una parte del derecho administrativo,

(48) GONZALEZ NAVARRO, F.: op. cit., pág. 184.

(49) GARRIDO FALLA: artículo citado, pág. 11 y "Tratado...", pág. 139. Es frecuente entre los autores, al definir el derecho administrativo, insistir en su carácter de rama del derecho público; ej., ANDRE DE LAUBADERE -op. cit., pág. 11- y el profesor belga DEMBOUR -"Droit Administratif", Liège, 1970, págs. 13 y ss.- lo califican de "branche du droit public interne".

Sin embargo, GARCIA-TREVIJANO -en op. cit., págs. 140 y ss.- niega todo valor a la distinción Derecho público-Derecho privado, prefiriendo hablar de Derecho individual y supra-individual; el Derecho administrativo sería supra-individual porque una de las partes es siempre y necesariamente una Administración Pública, y las relaciones con la Administración son de menor a mayor.

participa de sus mismos principios y fines, y como tal debe ser estudiado. La tarea de establecer límites entre ambos resulta bastante difícil y, a ratos, sus fronteras son un tanto indefinidas como sucede con las reglas de competencia y organización (ver supra nº 8). Las dos disciplinas se refieren a la actividad administrativa, pero en tanto que ella constituye el contenido del procedimiento administrativo, su objeto único y exclusivo, el derecho administrativo, en cambio es mucho más amplio, su objeto de estudio excede considerablemente al del procedimiento administrativo. El derecho administrativo constituye un todo geográfico del cual el procedimiento administrativo viene a ser tan sólo una provincia.

13. DENOMINACION - DEFINICIONES - NUESTRA DEFINICION

13.1. Denominación. - La denominación que utilizamos en el presente estudio es la de "procedimiento administrativo", a nuestro juicio suficientemente significativa como para expresar e identificar el tema al cual se refiere; además, es la utilizada por los autores de lengua castellana, habiendo adquirido suficiente divulgación. En lengua alemana lo llaman "derecho del procedimiento administrativo" (Verwaltungsverfahrensrecht); en lengua francesa, "procedimiento administrativo no contencioso" (procédure administrative non contentieuse); en lengua ita-

(50) GORDILLO: op. cit., pág. 46. NIETO: op. cit., pág. 93 -refiriéndose a Alemania dice que las líneas de demarcación entre el procedimiento administrativo y derecho material no son lo suficientemente claras y que además la posición de la doctrina es cambiante y movidiza.

liana, "procedimiento administrativo" (procedimiento amministrativo).

13.2. Definiciones. - La definición del procedimiento administrativo depende del contenido, de la extensión que cada autor le conceda; está en relación directa con el enfoque aplicado -por ejemplo, con los límites y relaciones que guarda con otras partes del derecho administrativo, si abarca o no a los actos administrativos bilaterales, si incluye o no la ejecución, si se tiene de él un concepto unitario, o en cambio, si se admiten varios procedimientos administrativos.

Con todo y eso, hay zonas de coincidencia que permiten afirmar la identidad de esta disciplina. Hay un núcleo común en el cual los autores están de acuerdo, esto es, en los principios y formalidades que lo animan, en la necesidad de sujetar la actividad administrativa mediante normas de derecho, la importancia mayor o menor que se asigna al procedimiento administrativo, y en fin en la existencia concreta de muchas de sus instituciones (51). En cuanto al resto de su contenido, en el que hay discrepancias, estaría constituido por zonas de mayor o menor extensión según el prisma del enfoque personal de cada autor, las distintivas normativas nacionales y los alcances fijados por las respectivas jurisprudencias.

13.3. Nuestra definición. - Con todos los elementos y aclaraciones hechas hasta aquí, podemos intentar dar una definición del

(51) Ver infra, capítulo - nº -, en que se clarifica la importancia del procedimiento administrativo y en donde, frente al enfoque tradicional de concebirlo únicamente como medio de protección a los particulares, afirmamos que debe concebirse como un instrumento que coadyuva a una reforma administrativa inserta dentro de un proceso global de transformación social y de desarrollo económico.

procedimiento administrativo, haciendo destacar previamente que para nosotros presenta un carácter marcadamente instrumental, y que viene a ser una pauta para que el Estado realice, eficazmente, las atribuciones que le están encomendadas, siendo a la vez una garantía de que éstas se realizarán dentro del marco de la legalidad.

DEFINICION:

"El procedimiento administrativo es el conjunto de principios y de formalidades previas que regulan la producción de los actos administrativos unilaterales y las fases previas de los actos bilaterales (cuando aun no han intervenido las voluntades de los contratantes para perfeccionarlos), desde su iniciación hasta el momento en que se dicta, su publicación y ejecución, los recursos a que da lugar y su resolución en sede administrativa."

CAPITULO II

PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. INTRODUCCION

El estudio de los principios fundamentales del procedimiento administrativo está vinculado al tema de los principios generales del derecho, y a la aplicación que éstos tienen en el derecho administrativo. Los principios fundamentales del procedimiento administrativo están, por lo tanto, inspirados en los principios generales del Derecho Administrativo y vienen a ser una concreción particular, y especial, de éstos. Sirven de fundamento jurídico al procedimiento administrativo a la vez que constituyen objetivos que éste debe de alcanzar. Son una guía y una fuente de inspiración para la legislación concreta y para la interpretación que de ellos tienen que dar las autoridades administrativas en su actuación. Estos principios guardan una relación armónica con el sistema jurídico de cada Estado, de aquí que en su concreción ofrezcan algunas variantes de un país a otro.

Los principios fundamentales del procedimiento administrativo han sido objeto de preocupación, tanto científica y doctrinal como legal y jurisprudencial, variando, como dijimos, sus alcances y contenidos según las distintas realidades de los ordenamientos nacionales. En algunos congresos internacionales se ha intentado precisar su existencia y, se ha procedido, además, a su enumeración y sistematización.

El Congreso de Varsovia de 1936 estructuró seis puntos fundamentales para que pueda darse con todo rigor el procedimiento administrativo: 1º) principio de audiencia de las partes; 2º) enumeración de los medios de prueba que deben ser utilizados por la administración o por las partes en el procedimiento; 3º) determinación del plazo en el cual debe obrar la administración; 4º) precisión de los actos para los que la autoridad debe tomar la opinión de otras autoridades o consejos; 5º) necesidad de una motivación, por lo menos sumaria, de todos los actos administrativos que afectan a un particular; 6º) condiciones en las cuales la decisión debe ser notificada a los particulares y, como reglas complementarias, la declaratoria de que todo quebrantamiento de las normas que fijan garantías de procedimiento para el particular deben provocar la nulidad de la decisión administrativa y la responsabilidad de quien las infrinja.

El congreso de Dublín de 1968 insistió -además- en la enumeración y relación de las principales garantías procedimentales que coinciden con varios de los principios fundamentales del procedimiento administrativo. (Más adelante tendremos ocasión de referirnos a ambos congresos).

2. PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD OBJETIVA

2.1. La legalidad administrativa. - Brewer Carías dice que "el principio de la legalidad aplicado al Estado no es más que la conformidad con el Derecho que debe acompañar a todos los actos de las ramas del poder público. Es decir, el principio según el cual toda la actividad del Estado debe estar conforme con el Derecho de ese Estado". (1). O, como señala el tratadista nicaragüense Ildefonso Palma Martínez, "La Administración Pública por medio de los titulares no puede realizar ningún acto si no tiene facultad concedida en la ley. Si llegare a producir un acto que no esté autorizado por normas previamente dictadas, el acto no tendría ninguna validez". (2).

La legalidad administrativa es más amplia que la legalidad de los actos jurisdiccionales, pues está sometida a las propias normas que crea la misma administración; es decir, que se encuentra sometida a las reglas de derecho que le son exteriores y a las normas que ella misma ha creado a través del poder reglamentario. Este principio actúa con alcances de universalidad en el derecho administrativo pues todos los actos

(1) ALLAN R. BREWER CARIAS: "Las instituciones fundamentales del derecho administrativo". Caracas, 1964, pags. 23 y ss. Brewer comparte la teoría de la formación por grados del derecho de Merkl, seguida también por Kelsen, según la cual la fuente originaria del derecho es la Constitución; la legislación no es más que una ejecución inmediata de la Constitución, en primer grado, en tanto que la administración y la jurisdicción son una ejecución inmediata, en primer grado, de la legislación, y mediata, en segundo grado, de la Constitución. Una interesante valoración de las ideas de Merkl, y su repercusión en el derecho de varios países, especialmente de la Europa Central puede encontrarse en G. ISAAC - "La Procédure Administrative Non Contentieuse" p. 101.

(2) ILDEFONSO PALMA MARTINEZ. - "Derecho Administrativo". Ed. Nuevos Horizontes, Managua, 1974, p. 211.

administrativos deben estar sometidos al principio de la legalidad, asegurando así en favor de los administrados una máxima garantía, que repercuta en la ineficacia de los actos dictados contraviniendo este principio.

En algunos países el principio de la legalidad está garantizado en la Constitución, (Alemania Federal, Grecia, Noruega, Polonia, Turquía, Yugoslavia, etc.); otros lo establecen por leyes generales. La Constitución política de Nicaragua de 1950 señala en su artículo 14 que "Los órganos del gobierno y los funcionarios públicos no tienen, ni bajo pretextos de circunstancias extraordinarias, más autoridad ni facultades que las que expresamente les confiere la ley. Todo acto en contrario es nulo".

El derecho a la legalidad no es un derecho monolítico sino que, como dice Rivero, "Mieux que l'image d'un "bloc" souvent évoquée à son propos celle d'une pyramide convient à la légalité" (3). En el mismo sentido se manifiesta Gabino Fraga quien considera que "el derecho a la legalidad se descompone en una serie de derechos" (4).

(3) JEAN RIVERO: "Droit Administratif", Dalloz 3ª ed. pág. 73.

(4) GABINO FRAGA: "Derecho Administrativo", pág. 478, Cfr. BERTIL WENNERGREEN- "Rapport Général" del congreso de Dublín- señala que "Il ne s'agit pas seulement de statuer en vertu de la loi; il faut encore que l'affaire soit instruite et traitée dans tous ses aspects selon la loi", (pág. 10). Hace falta, pues, un mínimo de procedimiento. ANDRE DE LAUBADERE: "Traité Elementaire de Droit Administratif", 5ª ed. París 1970, págs. 211 y 55.

Históricamente, el principio de la legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y una de las bases fundamentales sobre las que descansa el edificio del Derecho Administrativo. Una de las preocupaciones fundamentales del Estado de Derecho es la de garantizar formalmente la legalidad, a tal punto que puede decirse que la historia del Estado moderno contemporáneo es en esencia la historia de la lucha constante contra la arbitrariedad en favor de la legalidad en todas las esferas de la actuación estatal (5). Supone: a) sumisión de la actuación de la administración a las normas del poder legislativo; b) sumisión a las normas que dicte la misma administración; c) sumisión de los actos de una autoridad administrativa infe--rior a las disposiciones de carácter general, dictadas previamente por una autoridad jerárquicamente superior, por esa misma autoridad, o por una de grado inferior dictada en el ejercicio de su competencia.

Resumiendo, podemos decir que la acción administrativa no es libre, está limitada por la obligación de respetar determinadas reglas de derecho. Su campo de aplicación se extiende, principalmente, sobre la acción de los órganos administrati--vos, y además a los organismos privados encargados de una

(5) GARRIDO FALLA: "Tratado..." pags. 234 y ss., T Iº "Las transformaciones del régimen administrativo" pags. 20 y ss.

JACQUES DEMBOUR: "Droit Administratif" pags. 23 y s.

ELIAS DIAZ: "Estado de Derecho y Sociedad Democrática" Madrid, 1969, 3ª ed., pags. 34 y ss.

WALTER JELLINEK: "Alemania como Estado de Derecho" R.A.P., Nº 6, 1951, pags. 347 a 352 -dice que un Estado de Derecho debe reunir algunos requisitos, uno de ellos es el imperio de las leyes, "No está permitida ninguna invasión a la esfera de derechos del individuo, a no ser que esté autorizada por alguna ley" (p. 348). Señala que, durante la época nacional-socialista, la ley no era solamente lo que dictase el gobierno, sino, además, las ordenes del Führer..

misión de servicio público y a las asociaciones profesionales. De allí que el principio de legalidad haya sido calificado por Weil como "una de las piezas maestras del derecho administrativo" (6).

2.2. Principio de la legalidad objetiva. Siendo el procedimiento administrativo una parte del Derecho Administrativo, presenta todos los caracteres de Derecho Público de éste. El procedimiento administrativo, además de asegurar la protección y garantía de los particulares, pretende asegurar la defensa de la legalidad objetiva, del derecho y de la justicia en el funcionamiento de la administración. Se encuentra, por lo tanto, imbuido, sujeto e inspirado por el principio de la legalidad, lo cual provoca una serie de consecuencias jurídicas, p. ej. la búsqueda de la verdad material sobre la verdad formal.

José María Boquera Oliver dice que "A la expresión principio de legalidad le falta la univocidad que en su origen tuvo, y de él, por esto mismo, no pueden obtenerse deducciones de validez general" (7). Señala además que se pueden encontrar criterios de legalidad individualista y socialista y uno de tipo medio: la legalidad social. La legalidad individualista se encuentra ligada a la concepción liberal proclamada por la revolución francesa, y su principal preocupación es la salvaguardia de la libertad individual. La legalidad socialista

(6) PROSPER WEIL: "El Derecho Administrativo" pag. 87

(7) JOSE MARIA BOQUERA OLIVER: "Derecho Administrativo y Socialización", Madrid, 1965, pág. 23.

es una aplicación de las ideas de Marx, según la cual el proletariado aprovecha transitoriamente el derecho -durante la etapa socialista- para lograr la instauración del comunismo, momento en que el derecho dejará de existir. La legalidad social presenta una doble finalidad: la protección de los derechos del individuo y la reforma social; el estado social reconoce los derechos del hombre que deben respetarse y defenderse, pero también asume la misión de remediar necesidades y procurar el bienestar de sus súbditos (8).

Algunos autores, como Elías Díaz, consideran, por otra parte, que el Estado social de Derecho -que es una de las manifestaciones liberales del capitalismo- es hoy un estado insuficientemente democrático. (9). Elías Díaz propugna, además, por lo que él denomina "Estado democrático de derecho" construido sobre una organización económica e ideológica de carácter socialista, respetando las exigencias fundamentales del Estado de Derecho (10).

(8). JOSE MARIA BOQUERA OLIVER: op. cit. pág. 39. Sobre la legalidad socialista, ver HENRY PUGET - "Les Institutions...." págs. 24 y ss. GONZALEZ PEREZ - "Derecho Procesal Administrativo" T. I^o, págs. 435 y ss.

(9) ELIAS DIAZ: op. cit. págs. 174 y s.

(10) Acerca de la moderna tendencia de la administración a convertirse en realizadora de la justicia material, ver GARRIDO FALLA - "Las transformaciones...." págs. 24 y ss. HECTOR BARBE PEREZ - "Adecuación de la administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho". RDJA, Montevideo, T. 65, págs. 1-13, 1967. Plantea el cuadro tradicional abstencionista, en el cual se elaboró el derecho administrativo, además, de los nuevos hechos y circunstancias sociales, por lo que dice: "Al orden económico y social no se le concibe ya como dado y justo, sino como una realidad que debe ser transformada por exigencias axiológicas, especialmente por exigencias de la justicia social". (Pág. 2)

2. 3. La legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa. Este aspecto ha sido subrayado por Gordillo, encontrando aplicación tanto en un régimen liberal como en un régimen tiránico, pues lo que se pretende es el imperio de la legalidad objetiva. Efectivamente, al presentar el procedimiento administrativo un carácter marcadamente instrumental, es posible buscar a través de él criterios de eficiencia, independientemente de cualquier régimen político que lo aplique. Idea fácilmente comprensible si recordamos que el procedimiento administrativo puede ser entendido tanto en un sentido jurídico como en un sentido técnico, pero es lo jurídico lo que sirve precisamente de guía y de cauce al aspecto técnico, juridizando así esa actividad.

Como el procedimiento administrativo pretende lograr la eficiencia dentro de los límites de la legalidad objetiva, se explica sin grandes problemas el florecimiento y desarrollo que ha tenido en los países socialistas. No hay porqué sorprenderse de este hecho pues debe tenerse presente, en todo momento, que el sistema de derecho socialista no puede entenderse bajo los esquemas de una mentalidad occidental (11). Se notan, sin embargo, una serie de deficiencias en las garantías administrativas de algunos países autoritarios, especialmente en materia de recursos. Gordillo dice al respecto: "Si bien no hay que llamarse a engaño de que los sistemas autoritarios pueden tener fácilmente un eficiente sistema de recursos administrativos, de todos modos es evidente

(11). El procedimiento administrativo de los países socialistas presenta características particulares, que difieren de los sistemas occidentales. Ver infra Nº

que tal sistema en nada perjudica al régimen imperante; sirve cuanto menos para detectar posibles fallas de su funcionamiento"(12).

3. PRINCIPIO DE IGUALDAD

El origen de este principio está vinculado a la ideología liberal que precede a la revolución francesa. Teóricos como Rousseau y Sieyès, entre otros, se preocuparon de este tema que alcanzó su máxima consagración en la declaración de los derechos del hombre de 1789, y que mereció figurar en la divisa revolucionaria "Liberté, égalité, fraternité". Los hombres, se dijo, "nacieron libres e iguales en derechos". Estos principios derivados de la declaración de derechos del hombre encontraron muy pronto aplicaciones jurídicas; "... los principios de libertad e igualdad con sus múltiples aplicaciones: libertad individual, libertad de conciencia, libertad de prensa, de reuniones, etc, igualdad de los usuarios ante los servicios públicos, de los contribuyentes ante el impuesto, de los ciudadanos ante la ley" (13).

El principio de igualdad es una verdadera piedra angular en el edificio del Estado de Derecho, y de él dimana toda

(12). GORDILLO: op. cit. pág. 58. GUY ISAAC- op. cit. pág. 124 señala que el sistema del procedimiento administrativo, para que logre una verdadera protección de los particulares, debe complementarse con un verdadero y eficaz sistema de garantías en el régimen de lo contencioso-administrativo.

(13). JEAN RIVERO: "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo" RAP., Nº 6, 1961, pág. 294. Cfr.: LAUBADERE: Op. cit. págs. 217 y 55.

una gama de principios que encuentran aplicación en el procedimiento administrativo, (imparcialidad de los organos administrativos ante los cuales ha de tramitarse el procedimiento; el principio del debido proceso o "audi alteram-partem", etc.).

Con la expansión de las ideas revolucionarias el principio de igualdad -junto con otros- fué introducido en la normativa de varios países. América Latina, a través de la Constitución de Cádiz, tiene un primer contacto con esas ideas, las que más tarde fueron consagradas por los movimientos de independencia. Nicaragua las adopta desde sus primeras constituciones (14), así p. ej. el artículo 36 de la Constitución de 1950 indica que "To-dos los nicaragüenses son iguales ante la ley. En Nicaragua no se reconoce privilegio por razón de nacimiento, condición social o raza, ni por otra causa que no sean la capacidad o la virtud".

A partir de la revolución francesa, surgen, paradójicamente, dos principios contradictorios: el de igualdad y el de la prerrogativa de la administración. El principio de igualdad se aplica no sólo en el ámbito de las relaciones civiles, sino en el de todo el derecho; pero muy pronto el Derecho Administrativo viene a consagrar el principio contrario, la desigualdad, en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración al reconocer -mediante un régimen exorbitante del derecho común- las pre-rogativas de que dispone esta última (15).

(14). La agitada vida constitucional de Nicaragua puede seguirse en el libro "Las Constituciones de Nicaragua" de EMILIO ALVAREZ LEJARZA, Madrid, 1958. La jurisprudencia nicaragüense ha afirmado reiteradamente este principio, ej: Sentencia del 11 de Septiembre de 1917. B. J. 1669.

(15) GARRIDO FALLA: "Las transformaciones...." pag. 44 y 55 y. "Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales" RAP. Nº 7.

Sin embargo, el derecho administrativo ha desarrollado toda una serie de instrumentos para tratar de restablecer ese equilibrio roto. Los civilistas se han lamentado de esta situación y han creído ver en este fenómeno -y en otros- un declinar del derecho. Frente a la teoría de Ripert, de que el principio de igualdad cabe únicamente en el derecho civil, y que fuera de él no hay otra igualdad posible, Entrena propone la aplicación de "la igualdad proporcional". "Igualdad, pues, también en cuanto a las relaciones entre la administración y los particulares; pero también igualdad proporcional y no una igualdad civil, plana, sin matices" (16).

Para Entrena el principio de igualdad ante la ley a la administración activa puede establecerse en: a) las relaciones de los ciudadanos entre sí y b) las relaciones entre los ciudadanos y la administración (17). Distingue, en el primer caso, las relaciones de deber de los ciudadanos -prestaciones de carácter personal, ej. servicio militar, o prestaciones de carácter real, bien sea en dinero o especie, ej. tributos- y las situaciones de poder -derechos subjetivos de libertad, de carácter cívico y político-. Desde luego las relaciones entre los ciudadanos y la administración son las que para el objeto de nuestro estudio presentan más importancia.

(16) RAFAEL ENTRENA CUESTA: "El principio de igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho Administrativo", RAP Nº 37, 1962, págs. 63 a 74. Cfr. SERRANO GUIRADO E, : VOZ. "Administrado" NEJ, II, pág. 386.

(17). ENTRENA: op. cit. págs. 77 y ss. Sobre el principio de igualdad ver entre otros: HENRY PUGET, op. cit. págs. 52 y ss. CHARLES DEBBASCH, "Droit Administratif", Ed. Cujas París, 1971, págs. 373 y ss. MARCEL WALLINE, "Précis de Droit Administratif", París, 1969, págs. 338 y ss.

El principio de igualdad es total. Se aplica, en consecuencia, a la administración central, local e institucional. Nicaragua lo ha consagrado en su constitución (en el artículo 36 de la CN de 1950 como ya vimos. España en el artículo 3º del Fuero de los Españoles y 5º del Movimiento Nacional, etc.).

El principio de igualdad se ha formulado principalmente ante la ley y su ámbito de aplicación se concebía esencialmente para las relaciones civiles. Pero, frente a la rígida igualdad civil, el procedimiento administrativo debe ser consciente de las desigualdades sociales y económicas de los hombres, de allí la pretensión de satisfacer exigencias de igualdad de oportunidades mediante una real y efectiva democratización de sus métodos y estructuras, que permitan el acceso y la colaboración de los ciudadanos en el desarrollo del procedimiento administrativo. Una de las formas de obtener esa igualdad sería p. ej. mediante la gratuidad y ausencia de costas del procedimiento administrativo.

Varios de los principios proclamados por la revolución francesa han sido cuestionados recientemente por ciertos sectores doctrinales, al menos en cuanto al contenido burgués que se le ha dado. Jorge Enrique Romero Pérez dice de Costa Rica: "Parte de ese espejismo social, que configura una sociedad democrática e igualitaria, consiste en el postulado -a nivel jurídico constitucional- de que «se es igual ante la ley» y de que «se vive en un sistema democrático» y, su contraste con la realidad cotidiana. El mecanismo distorsionador de la realidad social actúa cuando los individuos acomodan esta realidad al postulado ideológico, de naturaleza jurídica, de que se «vive en un sistema democrático e igualitario», em

peñándose en afirmar (ellos) la igualdad humana -en un plano verbal- actuando socialmente en contradicción con tal procl
amación de igualdad" (18).

4. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.

Este principio se encuentra en íntima relación con el de la legalidad objetiva y, en cierta forma, es una derivación de é
ste. Se comprende por la influencia creciente y el papel de a
ctor que la administración representa en las sociedades de hoy
día, y por la búsqueda de la eficacia. El ser el procedimien-
to administrativo parte del derecho público, explica que pre-
domine la oficialidad sobre el principio dispositivo eminente-
mente privatista (salvo casos excepcionales en que intervienen
en este género de relaciones criterios de orden público).

El carácter oficial del procedimiento administrativo se ma-
nifiesta en una serie de instituciones como el control jerárqui-
co de oficio, reformatio in peius, etc. Este principio contribu-
ye al establecimiento de la verdad material y al mantenimiento
del orden público. Para su mejor comprensión, Gordillo distingue
en el tres elementos o subprincipios: a) de impulsión, b) de
instrucción, y c) de la verdad material (19).

(18) JORGE ENRIQUE ROMERO PEREZ: "Algunas notas
acerca del Código Penal de Costa Rica" -separata del "Anua-
rio de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid, 1972,
pág. 431.

(19) GORDILLO: op. cit. págs. 59 y ss. Ver LANGROD,
op. cit. pag. 81.

4.1. Principio de la impulsión de oficio. Se aplica este principio en virtud del interés colectivo que con él se persigue. Dice Gordillo al respecto: "... el principio imperante en el procedimiento administrativo no es la impulsión de las partes, sino la impulsión de oficio, principio éste a nuestro juicio incompatible con el de la perención o caducidad de instancia... a nuestro criterio, el principio de la impulsión de oficio es netamente predominante y sólo por excepción puede corresponder dicha impulsión al recu
rrente o administrado" (20). Para Gordillo, entonces, la circun
stancia de que el particular pueda iniciar el procedimiento no es normal, sino excepcional.

La afirmación de Gordillo debe ser matizada. Una cosa es afirmar que en el procedimiento administrativo predomine la impulsión de oficio -en lo que estamos de acuerdo- y otra cosa es concluir que por ese sólo hecho, la impulsión que puedan dar los particulares sea excepcional. Incluso, hay toda una serie de razones de orden práctico que justifican la necesidad de la impulsión por los particulares, tanto para la mejor defensa de sus derechos e intereses -actuando como garantía- como para asegurar una mayor eficacia y una verdadera democratización del procedimiento. Estimamos que la impulsión puede ser tanto de oficio como a petición de los particulares, aceptando el predominio del primero sobre el segundo. Para explicar la intervención de los particulares no es necesario recurrir a criterios de excepción, -piénsese en las solicitudes de permisos y licencias, en el número considerable de demandas y solicitudes y recursos que los particulares

(20) GORDILLO: Op. cit., págs 22 y ss. LOPEZ NIETO Y MALLO, "El Procedimiento Administrativo" -considera el predominio de la actuación de oficio en el procedimiento administrativo, de allí que "el principio de rogación tenga escasa importancia como norma general" (pag. 25).

plantean ante cualquier administración del mundo, etc. - para concluir que la intervención de los particulares no es excepcional. La administración, por otra parte, no está obligada a ceñirse únicamente a los puntos reclamados por el particular -como lo establece la LPA Española, artículo 3º inc. 1º pudiendo, de oficio, ampliar o intervenir en otros aspectos (21).

4.2. Principio de la instrucción. En virtud de este subprincipio, las fases de aportación, obtención de la prueba, averiguación de los hechos, etc., no corresponden únicamente a la actividad que desplieguen las partes, sino que estas fases pueden y deben ser realizadas de oficio, aún indepen--

(21). Después de haber sido publicada la segunda edición de la mencionada obra del profesor Gordillo, el "Boletín Oficial" de la República Argentina del 27 de abril de 1972 publicó la ley Nº 19.549 sobre "Procedimientos Administrativos" y el decreto Nº 1.759 sobre el "Reglamento de la ley nacional de procedimientos administrativos". La ley estableció en el artículo 1º apartado "Requisitos generales: impulsión e instrucción de oficio: a) impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones". El reglamento, en el título primero, 3º "Iniciación del trámite. Parte interesada" establece "El trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo; estas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo..." y, en el número 4 "Impulsión de oficio y a pedido de parte interesada", se reconoce que "Todas las actuaciones administrativas serán impulsadas de oficio por el órgano competente, lo cual no obstará a que también el interesado inste el procedimiento. Se exceptúan de este principio aquellos trámites en los que medie sólo el interés privado del administrado, a menos que, pese a ese carácter, la resolución a dictarse pudiere llegar a afectar de algún modo el interés general" (subrayados nuestros). Con lo cual creemos queda superado el criterio del profesor argentino. En el sentido señalado por nosotros, véase Ley de Procedimiento administrativo de Polonia de 1960. (infra cap. 3º).

dientemente de que los particulares quieran intervenir o no en el procedimiento.

Este subprincipio se encuentra íntimamente ligado al anterior a tal extremo, que es difícil separarlos, siquiera sea conceptualmente, pudiéndose pensar -y con toda razón- que el principio de la instrucción se comprende con el anterior. Y es lógico que así sea, pues ambos no son sino elementos de ese gran principio del procedimiento administrativo: el de oficialidad.

4.3. Principio de la verdad material. Se comprende por oposición al principio de la verdad formal. En el ámbito de las relaciones civiles el juez sobre las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) haciéndolo en base a criterios previamente establecidos, asignándole un valor a la prueba: la prueba reglada y tasada. Este sistema es aplicado por el código de procedimientos civiles de Nicaragua, artículos 1117 y 1118 Pr. semejantes al artículo 2357 del Código Civil.

En el procedimiento administrativo, en cambio, la administración se ajusta a los hechos, sea que éstos hayan sido alegados, probados por las partes, como si no lo han sido, pues en lo administrativo se busca fundamentar la decisión en base a obtener una mayor conformidad entre el derecho y la vida, y, como bien dice Langrod, "La vérité établie ne peut pas être une simple conséquence de prémisses légales mais doit correspondre à la vérité." (22).

(22) LANGROD: Op. cit., pág. 81. En la enumeración de los principios generales del procedimiento administrativo que nos ofrece Langrod, el criterio de la verdad material figura como segundo principio. ROYO VILLANOVA- "El procedimiento como garantía jurídica" -dice que en lo administrativo domina el principio inquisitivo o de oficialidad: "incumbe a la autoridad administrativa dirigir el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto crea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada". (pág. 65) En la misma página acepta el predominio del principio de la verdad material.

5. PRINCIPIO DE LA IMPARCIALIDAD

Si bien el procedimiento administrativo se tramita por y ante organismos pertenecientes a la misma administración pública, activa o consultiva, se persigue la mayor imparcialidad tanto en beneficio de la Administración como de los particulares. Este principio fué objeto de amplios estudios por el congreso de Dublín, como una de las maneras de obtener la objetividad en el procedimiento administrativo, que puede ejercerse mediante la abstención y la recusación cuando existan sospechas de parcialidad. Sin embargo, caben algunas excepciones, -en caso de peligro inminente o de amenaza exterior, etc. -, en las que se aplica la teoría o el "principio de la necesidad". Otros métodos para garantizar la imparcialidad, serían la existencia de una función pública neutra y profesional, los principios ideales y éticos que orienten su acción, el ideal del bien común, el deber de responsabilidad, etc. que pueden alcanzarse mediante un adecuado proceso de formación de los funcionarios. La objetividad del procedimiento se logra, además, si existen suficientes condiciones de independencia en los diferentes sectores y niveles de la administración. (23)

(23) Sobre el congreso de Dublín ver el rapport de BERTIL WENNERGREEN. Este principio ha tenido un desarrollo jurisprudencial en Francia, que se expresa mediante la recusación y la excusa o separación. AUBY - "La procédure administrative non contentieuse", pág. 31 y s. LANGROD - Op. cit., pág. 82 -lo considera como una conquista esencial del derecho procesal moderno. Ver infra. N^o donde estudiamos con mayor amplitud estos medios de lograr la imparcialidad.

A manera de ejemplo -acerca de la imparcialidad en Nicaragua- el artículo 49 de la ley general sobre explotación de riquezas naturales -20 Marzo 1958- señala como causa de inhibición de los funcionarios, la implicancia y recusación, pero esta ley administrativa se remite a lo dispuesto sobre esta materia en el código de Procedimiento Civil.

6. PRINCIPIO DEL INFORMALISMO EN FAVOR DEL ADMINISTRADO

Frente al poder del Estado y de las personas que lo ejercen, la sociedad exige seguridad y certeza en su actuación y la mayor formalidad posible en sus actos como una concreción de la legalidad existente. Para Gordillo, el informalismo, opuesto al formalismo (exigencia de seguridad jurídica) puede entenderse en dos sentidos: a) como arbitrariedad, b) en favor del administrado. El primero arranca directamente del derecho procesal y "Se identifica formalismo con incertidumbre, inseguridad, desigualdad, ausencia de protección jurídica". (24). El origen de la segunda acepción la sitúa en la jurisprudencia española y en algunos otros países, como sería el caso del derecho argentino, siendo el mérito de esta tendencia el haber elevado el principio a la categoría de principio fundamental del procedimiento administrativo.

El principio está concebido para beneficiar al administrado y sólo él es quien puede invocar para sí la elasticidad de las normas del procedimiento; la administración, en cambio, no puede invocarlo en su favor, pues ella tiene la obligación de cumplir con las prescripciones formales que el orden jurídico establece, formalidades que en este aspecto favorecen al administrado ya que las decisiones se tomarán de acuerdo al ordenamiento jurídico (25). Ejem

(24) GORDILLO: Op. cit. pág. 64.

(25) GORDILLO: Op. cit., pág. 66- se refiere a la formulación hecha en el derecho argentino. HERNAN. RON: en "Tratado elemental de Derecho Administrativo" T 1º dice: "Los actos administrativos para producir efectos jurídicos han de realizarse de acuerdo con las normas generales del procedimiento administrativo, que constituyen a la vez una garantía de los derechos e intereses de la administración y de los particulares" (pág. 162). GUY ISAAC op. cit., págs. 287 y ss. NAVA NEGRETE - "Derecho procesal administrativo", pág. 75.

plos de esta actitud antiformalista serían la admisión y consideración de los recursos que han sido calificados equivocadamente por los particulares, o bien cuando se presentan ante una autoridad que no es la competente, etc.

7. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO. GARANTIA DE LA DEFENSA. (AUDI ALTERAM PARTEM).

El principio del debido proceso, conocido también como "garantía de la defensa" o "audi alteram partem", es un presu--puesto esencial y básico del procedimiento administrativo. Es una garantía sustancial derivada del principio general del derecho de que "nadie puede ser condenado sin ser oído", consagrado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Nicara--gua lo recoge en la constitución de 1950 artículo 49: "A nadie se puede privar del derecho de defensa". Argentina lo enuncia en el artículo 18, España en la LPA. artículo 91 (para procedimientos) y 117 (para recursos). En los Estados Unidos figura como una cláusula de su constitución, el "due process of law"; más tarde, la Federal Administrative Procedure Act del 11 de junio de 1946 aplicó este principio al procedimiento administrativo.

El principio de la garantía de la defensa se concretiza en algunos trámites esenciales del procedimiento administrativo. Su ausencia afecta tanto a la existencia misma del procedimiento como a la del derecho de la defensa, bajo sanción de nulidad.

Este principio puede entenderse en dos sentidos: a) como una garantía; b) como criterio de eficiencia.

Como garantía. Según la concepción tradicional, la garantía de la defensa ha sido instituída única y exclusivamente en beneficio de los particulares. Este criterio estaba a tono con las limitadas tareas que se asignaban al Estado liberal -abstencionista (policía de carácter negativo, mantenimiento del orden público interno y externo, ciertas actividades de fomento y de servicios públicos en defecto de los particulares) (26). El profesor nicaragüense Armando Rizo Oyanguren dice que la importancia de la garantía de audiencia se encuentra justificada "ya que implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos de poder público que tiendan a privarlos de sus derechos) (27). Esta garantía obliga incluso al poder legislativo y debe tenerla presente en sus disposiciones, "toda ley ordinaria que no consagre la garantía de audiencia en lo jurisdiccional o en la administración, en favor de los particulares, puede ser atacada por inconstitucional" (28).

(26) Ver al respecto GARRIDO FALLA -"Las transformaciones..." págs. 89 y ss. "Tratado..." T 1º, págs. 518 y ss. ELIAS DIAZ-Op. cit. págs 125 y ss.

(27) ARMANDO RIZO OYANGUREN: "Derechos y garantías" (Copias multigráficas), pág. 54.

(28) ARMANDO RIZO OYANGUREN: Op. cit. pág. 55. Consideran además este principio como una garantía, entre otros, ROYO VILANOVA - Op. cit. pág. 90; GONZALEZ PEREZ- "EL Procedimiento Administrativo", pág. 472; GORDILLO- Op. cit. pág 77; JORGE OLIVERA TORO- "Manual de Derecho Administrativo", México, 1963 -dice: "privar de garantía de defensa, equivale virtualmente a privar de derecho" (pág. 149). LANGROD -Op. cit. págs. 76 y ss. Sobre la situación en Italia acerca del principio del debido proceso, véase MAURO CAPPELLETTI- "La garantía constitucional del debido proceso y su particularización jurisprudencial" RDJA. Uruguay, T. 59, 1962, págs. 151 a 157, traducción y notas de Horacio Cassinelli Muñoz. Nota. Las consideraciones que se hacen en este apartado serán objeto de un tratamiento más amplio y detallado en infra, cap.

Con las exigencias de los tiempos surge una nueva perspectiva, y es la de considerar este principio como criterio de eficiencia; en este sentido, Enrique Serrano Guirado dice: "Lo que sucede, además, es que en la hora presente debe preocupar también a los poderes públicos la otra faceta a que responde el procedimiento, es decir, el interés público concretado en la legalidad y en el acierto de las resoluciones administrativas"(29). De esta preocupación surge la nueva consideración del principio como criterio de eficiencia.

Como criterio de eficiencia. El principio de la defensa, desde este punto de vista, viene a ser una garantía para la administración, para el interés público, ya que la decisión a tomarse hará con mejor conocimiento de causa. Oír al interesado antes de decidir no es solamente un principio de justicia, es también un principio de eficacia; porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto ayuda a una mejor administración además de a una más justa decisión" (30). El cumplimiento de este principio asegura la eficiencia al evitar trámites innecesarios, que muchas veces tienen que hacerse cuando ya se ha invertido en su tramitación tiempo y dinero, que hubieran sido obviados de haberse conocido el criterio de los particulares.

Como criterio de eficacia política. No es este uno de los objetivos que persigue directamente la administración, pero pue

(29) ENRIQUE SERRANO GUIRADO: "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo" RAP. nº 4, 1951, pág. 130 (Subrayado mío). Ver AUBY- Op. cit. págs. 32 y ss.

(30) GORDILLO: Op. cit. pág. 77. Ver EMILIO ARMANDO GRAU "La razonabilidad en el procedimiento administrativo", págs. 30 y ss.

de ser alcanzado, según la utilización que del procedimiento administrativo se haga. De aquí la conveniencia para los gobiernos de contar con un adecuado sistema administrativo, pues las grandes líneas políticas, los programas y las aspiraciones, se traducen mediante las realizaciones de la administración, "Un procedimiento leal y justo en que se respete integralmente el derecho de los individuos a ser oídos y a producir prueba y controlar la de la administración, por fin, sirve también a un criterio de eficacia política y de legitimidad de ejercicio del poder" (31). El particular en realidad, percibe al gobierno, cotidianamente, a través de la administración; y a ese nivel, también, el ciudadano común y corriente percibe las decisiones políticas. Es esta una razón más para propugnar (en ciertos países) por una profesionalización de la función pública y por el abandono del arcaico y poco técnico sistema del "spoil system".

El funcionario no debe de estar al servicio del príncipe, ni del partido político que tome el poder, pues es su permanencia, precisamente, la que comunica experiencia y contenido a los programas políticos. El 2º congreso interamericano de la administración del personal, celebrado en Caracas en mayo 1965, rechazó el sistema del botín, pronunciándose por la carrera administrativa. Por supuesto que estas afirmaciones son inde-

(31) GORDILLO: Op. cit., pág. 79. HENRY PUGET, Op. cit. págs. 323 y ss. GUY BRAIBANT señala que "Le principe des droits de la défense peut se définir comme la possibilité donnée à une personne de se défendre lorsqu'elle est menacée d'une mesure qui porte atteinte à ses droits ou à ses libertés, et en particulier d'une sanction". "Le droit administratif français", fascicule II, París 1972, pág. 345. Cfr. WALINE: Op. cit. págs. 334 y 55; LAUBADERE: Op. cit. págs. 266 y 55.

pendientes del sistema político al cual se aplican. Se trata de consideraciones de otra índole, metajurídicas en este caso, que comunican o no un contenido real a esta idea.

Elementos de la garantía de la defensa. El derecho de la defensa es un derecho transitivo que requiere dos sujetos para su existencia: un sujeto dispuesto a decir algo, y otro dispuesto a escuchar. Se pueden fijar dos elementos fundamentales del derecho de defensa: 1º) el derecho a ser oído; 2º) el derecho a ofrecer y producir pruebas. Estos elementos sometidos a un análisis admiten la siguiente descomposición:

1) Derecho a ser oído. Aquí se manifiesta el aspecto transitivo de la garantía de la defensa. Comprende: a) publicidad del procedimiento, es decir, vista de las actuaciones, admitiendo que el secreto únicamente cabe en casos excepcionales y por decisión expresa de las autoridades competentes; b) oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto; c) consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuando conduzcan a la solución del caso; d) obligación de decidir expresamente las peticiones; e) como corolario de c, obligación de fundar las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes; f) derecho a hacerse patrocinar por un técnico en derecho.

2) Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo. El particular tiene el derecho de ofrecer y producir las pruebas que estime convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses. Este derecho comprende: a) el derecho de que toda prueba razonablemente propuesta sea producida; b) la garantía de efectuar esa prueba antes de

que se adopte cualquier decisión sobre el fondo de la cuestión;
c) el derecho de controlar la producción de las pruebas presen
tadas por la administración.

Campo de aplicación. Este principio tiene una aplicación uni-
versal, abarca a todos los actos de la administración que puedan
producir algún daño o lesión a los derechos e intereses de los
particulares.

8. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Este principio tiene una gran importancia para la existencia
de un Estado de derecho. Gordillo lo incluye -según vimos en
el número anterior- dentro del derecho a ser oído, como si fuer
a uno de sus elementos, como parte del principio del debido
proceso. Pero, a nuestro juicio, la importancia de este princip
io es tal que justifica un tratamiento autónomo, pues al evitar
la actividad secreta de la administración, se convierte en una
condición indispensable para una verdadera democratización
de la sociedad (32). Angel Latorre dice: "La publicidad es,
en otro aspecto, una condición de cumplimiento y eficacia del
Derecho, pues nadie puede acatar preceptos que no conoce" (33).

Históricamente, en la Roma primitiva, el derecho era un
monopolio de la clase patricia hasta que los plebeyos obtuvier
on la publicación de la ley de las doce tablas. En China, las

(32). GORDILLO: Op. cit., págs. y 82 y ss. Este punto
constituye para nosotros un principio aparte y autónomo, ver
infra. nº 19. GUY BRAIBANT- "Le droit administratif français"
fascicule II, París 1.972, págs. 322 y ss.

(33) ANGEL LATORRE: "Introducción al Derecho", Ariel,
3ª ed., 1.969, pág. 43.

leyes no se publicaban para evitar litigios que pudieran perturbar la paz social. Dentro de la enorme cantidad de actos que realiza la administración, hay unos que tienen carácter normativo, como los reglamentos, por lo que se justifica con mayor razón la aplicación de este principio. La publicidad se aplica a toda clase de actos administrativos, sean normativos o no.

Este principio se materializa por la publicidad que debe dar la administración a sus actos, y por el libre acceso a los documentos y expedientes de los particulares, salvo excepciones.

En Francia, algunos autores han subrayado su carácter público y además su influencia pedagógica sobre el comportamiento de los administrados (34). De esta manera Auby habla del carácter público del procedimiento. Señala que, si bien en el procedimiento jurisdiccional se considera que la publicidad permite una mayor protección de los actos individuales, "cette conception vaut également pour la procédure administrative, à propos de laquelle on peut ajouter que la publicité permet un contrôle des administrés sur les opérations administratives" (35).

El principio de publicidad puede tener las siguientes manifestaciones: a) Derecho de información, b) Derecho de audiencia, c) Derecho de notificación; d) llamada en causa de posibles interesados.

(34). LANGROD: Op. cit., pág. 86 y s. Subraya: "son influence "pédagogique" sur le comportement des administrateurs et des administrés ne manquerait pas d'être visible, et, dans un sens, salubre". (pág. 87).

(35) AUBY: Op. cit., pág. 30. Sobre la comunicación de documentos, ver JACQUES SOUBEYROL: "La communication des documents administratifs aux administrés". AJDA. 1958, págs. 43 a 48.

9. PRINCIPIO DE CONTRADICCION.

Para Gordillo este principio constituye un principio autónomo. Sin embargo, creo que este principio de contradicción no es más que una concreción de la garantía de la defensa (*audi-alteram-partem*) y es allí donde debe ser estudiado. Dice Gordillo: "se ría cerrar los ojos a la realidad pretender que en el procedimiento administrativo hay una sola parte cuyos derechos serán discernidos, sin conflictos ni contienda alguna, por un órgano desinteresado del asunto" (36). A pesar de su origen jurisdiccional, este principio encuentra alguna aplicación dentro del procedimiento administrativo, aunque menor que en lo jurisdiccional.

10. OTROS PRINCIPIOS

Procedimiento escrito. La oralidad.

El principio que el procedimiento ha de ser escrito se encuentra relacionado con el principio de la defensa. Implica, esencialmente, que debe darse a los particulares la posibilidad de expresarse por escrito por razón de la seguridad que proporciona a los administrados, y por exigencias democráticas y pedagógicas.

(36) GORDILLO: Op. cit., pág. 90. GONZALEZ PEREZ: "Derecho procesal administrativo" T. 2º, pág. 251 y s. AUBY: Op. cit., pág. 31 - dice: "Lorsqu'une procédure peut conduire à un acte de nature à porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'un individu, il paraît normal d'autoriser ce dernier à participer à la procédure afin de pouvoir présenter ses moyens de défense". En Austria este principio tiene una gran aplicación.

gicas. Los actos que realiza la administración también deben, si es posible, quedar consignados por escrito.

Una de las características del procedimiento administrativo es su impersonalidad, planteando difíciles problemas para la identificación del funcionario productor del acto, pues a menudo intervienen para su formación varios organismos o dependencias. La constancia escrita del procedimiento a través del expediente permite solucionar estos problemas; pero, presenta como desventaja la lentitud en el procedimiento.

En varios países, existe la tendencia bastante generalizada de admitir igualmente el principio de oralidad. Ambas formas, en vez de ser contradictorias, ofrecen puntos de contacto y aparecen como complementarias, pues hay trámites que pueden ser orales. Pero, a nuestro juicio, debe dejarse alguna constancia en el expediente.

La tendencia general del derecho es hacia la forma oral, tomando en cuenta los modernos medios de comunicación, directos y orales (conversaciones telefónicas, notificaciones orales, etc). Si bien antes estuvo muy extendida la forma escrita, su importancia parece reducirse tendiendo a quedar como una forma de excepción, ya porque así lo exija la ley para ciertas fases del procedimiento, ya para facilitar la defensa (ejem. solicitud de partes, pluralidad) o, bien la adopción de formas mixtas (37). No obstante, estimamos que, dadas las

(37) LANGROD: Op. cit., págs. 87 y ss.

circunstancias socio-económicas, culturales y políticas de Nicaragua, es recomendable la adopción del criterio que proponemos. Gordillo dice que "si bien el procedimiento es básicamente escrito, la oralidad aparece como un importante complemento de su funcionamiento" (38). Considera que otra de las formas de instrumentación del acto administrativo, además de la oral, puede hacerse (o expresarse) mediante signos expresos y convencionales. Afirma que "la declaración administrativa expresada por signos o señales también puede constituir acto administrativo y no mero hecho administrativo" (39).

Para González Pérez, después de un período de vigencia, el principio de la oralidad se encuentra en crisis y se observa una progresiva aplicación del principio contrario (40).

En el Derecho Comparado, observamos que, en Austria, puede instruirse un asunto, en todo o en parte, oralmente o por escrito. En Hungría, según la LPA, la parte tiene el derecho de dirigirse por escrito a las instancias y de ser escuchado oralmente. En Noruega, la mayor parte de los asuntos son tratados sobre la base de piezas escritas, siendo las audiencias orales raramente prescritas. En Suecia, las audiencias formales no tienen lugar sino para ciertos asuntos; son frecuentes los contactos telefónicos y visitas a los organismos

(38) GORDILLO: Op. cit., págs. 92 y s.

(39) GORDILLO: "El Acto Administrativo", 2ª ed., pág. 321

(40) GONZÁLEZ PÉREZ: "Derecho Procesal Administrativo" T. 2º, pág. 602. Cfr. LAUBADERE: op. cit. pág. 262; WALINE Op. cit. págs. 333 y 55.

administrativos. Checoslovaquia guarda el principio del derecho escrito, pero son posibles las audiencias orales si la naturaleza del caso lo requiere, o si contribuyen a su clarificación.

Principio de la mediación y de la inmediación

Cuando el procedimiento es escrito predomina el principio de la mediación, cuando es oral, el principio de la inmediación. La inmediación puede ser subjetiva u objetiva, según que la realización de un acto requiera la presencia de una persona o de determinados objetos. Debido a la misma organización de la administración y al centralismo que en ella predomina, existe una tendencia a favor del principio de la mediación (41).

Principio de la gratuidad. Ausencia de costas

En el procedimiento administrativo predomina el principio de la gratuidad, las actuaciones se realizan en papel común -salvo ciertos documentos presentados por las partes-, y los funcionarios no perciben derechos especiales por sus intervenciones. La gratuidad está establecida para facilitar la intervención de los particulares y contribuye a hacer más simple y sencillo el procedimiento administrativo.

(41) GORDILLO: Op. cit., pág. 93. GONZALEZ PEREZ- "Derecho procesal administrativo" T. 2º, pág. 602 y s. LAN GROD- Op. cit. pág. 85- señala que en el procedimiento administrativo se da el caso de que hay organismos que instruyen el procedimiento, y otros que lo deciden.

El particular que ha figurado en el procedimiento no puede ser condenado en costas, lo cual no incluye los honorarios o gastos del técnico en derecho o abogado que le haya asesorado.

Todo procedimiento implica una serie de gastos, tanto para el Estado como para los particulares, conocidos en lo contencioso como "gastos del proceso". Los gastos que realizan los particulares (una especie del género "gastos del proceso") reciben el nombre de "costas", y la tesis dominante es que los particulares no pueden ser condenados en el procedimiento administrativo por costas. Pero, en buena lógica, ello no incluye los honorarios del técnico en derecho. Por ejemplo, Gordillo se muestra partidario de la supresión de gastos de papel sellado. En el caso de que hayan dos particulares en contradicción, cree que cada uno debe sufragar sus gastos (42).

González Pérez resume la tesis de los que sostienen la gratuidad a ultranza de la justicia, basándose en que se trata de un servicio público y que el litigante, al acudir al litigio, se sacrifica en aras de la comunidad; de allí que los gastos del proceso recaigan sobre todos los ciudadanos siendo gratuita la justicia. Critica esa postura, entre otras cosas, porque el servicio público no implica necesariamente gratuidad en su uso, y que, además, predomina el interés individual más que el pretendido sacrificio de las partes. Al colocar a las partes en plano de igualdad se estaría estimulando el nacimiento de litigios; para evitar esa situación se piensa que el

(42) GORDILLO: Op. cit., pág. 94. Ver también LOPEZ NIETO Y MALLO - Op. cit., pág. 26 y s.

vencido pague los gastos con el propósito de hacerle más cauto. Otra tesis a considerar sería la de que cada litigante sufrague sus gastos, o una intermedia según la cual pagaría el vencido pero bajo ciertas condiciones (43).

La Constitución nicaragüense establece en el artículo 231: "La administración de justicia en la República es gratuita".

Principio de la unidad y flexibilidad del procedimiento

En una regulación legal del procedimiento administrativo, partiendo del principio de la unidad al que nos hemos referido antes, interesa evitar en lo posible la multiplicación de procedimientos; al contrario, debe buscarse la simplificación tratando de que esas normas sean aplicables a distintas situaciones. Pero, mediante el principio de flexibilidad, se reconoce que hay situaciones en las cuales es necesaria la especialidad, por ejemplo para asuntos militares (44).

(43) GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal..." T. 2º, págs. 983 y ss., especialmente 986 y s.

(44) SABINO ALVAREZ GENDIN: "Estudio de la nueva ley de Procedimiento administrativo" RAP. Nº 26, 1956- dice: "secuela de la simplificación es la unificación de tramitaciones que afecten a un administrado". JOSE LUIS MEILAN GIL- "El proceso de la definición del derecho administrativo" - habla de las tensiones existen tres en el derecho administrativo, una de las cuales sería entre unidad y especialidad, tensión que incluso se ha dejado sentir en la ley española de procedimientos administrativos, dando lugar a varios procedimientos especiales.

Colaboración de los administrados

Este principio es posible únicamente gracias a las corrientes democráticas que inciden en el procedimiento administrativo (45).

Principios de la celeridad o rapidez, de la simplicidad y economía

Estos principios deben ser considerados como secundarios respecto al principio del informalismo en favor de los administrados, y deben ser interpretados en forma congruente con él. Es decir, el informalismo actúa en beneficio de los administrados.

Por estos principios se persigue la simplificación de los procedimientos, la economía de gastos inútiles, la concentración del material reunido, la utilización de medios técnicos etc., que permitan evitar el prolongamiento innecesario de trámites, el papeleo, etc.

Por el principio de la celeridad o rapidez, el procedimiento administrativo se "caracteriza por la carencia de solemnidades y consecuentemente por una mayor rapidez" (46). Eso se explica por el carácter de los intereses públicos que están en juego y, además, por ser el destinatario del acto la colectividad -directamente o indirectamente-. Pero "como también nos encontramos en presencia de intereses particulares, la legislación administrativa debe cuidar de que no se lesionen y mantengan

(45) Este principio se estudia más ampliamente en infra N°

(46) GABINO FRAGA: "Derecho Administrativo" pág. 295, cfr. GONZALEZ PEREZ 3: "El administrado". Ed. Abella, Madrid, 1966, págs. 60-61.

en lo posible, siempre que no contraríen las finalidades públicas" (47); razón más para insistir acerca de la brevedad de los plazos.

Enrique Jiménez Asenjo sostiene que, si bien el principio de economía está concebido hacia el proceso civil, contiene una serie de ideas adaptables al procedimiento administrativo. Se manifiesta en una exigencia de economía de tiempo, de dinero y de trabajo. Se trata de obtener el mayor rendimiento con el mínimo esfuerzo de tiempo, mediante plazos rápidos; de dinero al no ser necesaria la intervención del técnico en derecho; y de trabajo, mediante las acumulaciones. Se relacionan con este principio: 1º) el principio preclusivo (cada actividad en su tiempo) que se aplica sobre todo en los procedimientos escritos; 2º) el principio de concentración (mayor rendimiento con el mismo tiempo) que se aplica en el procedimiento administrativo para las fases orales; 3º) el principio de eventualidad (una sola vez todos los argumentos, pruebas y hechos) que dice: "En realidad es una manifestación del principio de concentración aplicado a las alegaciones, del propio modo que éste se aplica a los sujetos y las pruebas" (48).

(47) ANDRES SERRA ROJAS: "Derecho Administrativo", pág. 291. SAYAGUES- "Tratado de Derecho Administrativo" -dice: "la demora en el trámite constituye uno de los defectos más graves de toda administración"(pág. 465). GORDILLO- Op. cit., pág. 97- dice: "deben evitarse complicados, costosos lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del expediente". LANGROD-Op. cit., pág. 84 y s. ALVAREZ GENDIN-Op. cit., pág 187 afirma: "La simplificación del procedimiento debe completarse con la aminoración del tiempo del expediente; en suma, con la racionalización y serialización o normalización documental".

(48) ENRIQUE JIMENEZ ASENJO- "Economía Procesal" NEJ VII, pág. 900. Ver también pág. 897 y ss.

En Yugoslavia, el principio de economía está consagrado en el artículo 12, ZUP (LPA); dice de él Nikola Stjepanovic: "Il principio dell'economicità non è solo ni sempre esclusivamente nell'interesse della parte, sebbene lo sia nella maggioranza dei casi, ma è espressione del desiderio di assicurare un lavoro efficace e spedito degli organi deliberanti nel procedimento amministrativo" (49).

11. LA NO OBLIGATORIEDAD DE LA REPRESENTACION POR PROCURADOR Y ASISTENCIA POR LETRADO.

Consecuencia del carácter antiformalista del procedimiento administrativo, es la posibilidad que tienen los particulares de hacerse representar por cualquier persona sin que a estas se le exijan cualidades o condiciones especiales. No obstante, hay casos en los cuales será aconsejable que estos representantes reúnan ciertas cualificaciones especiales; "es evidente que, normalmente, los interesados, en atención a la materia objeto del procedimiento, requerirán la asistencia de distintos profesionales, con objeto de mejor defender sus derechos" (50). Algunas de esas personas están en

(49) NIKOLA STJEPANOVIC: "Principi fondamentali della procedura amministrativa in Jugoslavia". Perspectivas T.V. pág. 636. Ver también pág. 619 y ss.

(50) GONZALEZ PEREZ, J.: "La representación de los interesados en la nueva ley de Procedimiento Administrativo". RAP. Nº 52, 1967, pág. 17. Cfr. del mismo autor, "El procedimiento administrativo", pág. 263; "Los recursos administrativos", 2ª ed. pág. 64 y s. "Derecho Procesal Administrativo" tomo 2º págs. 317 y ss. LOPEZ NIETO Y MALLO: "El procedimiento administrativo" pág. 166 y s.

posesión de las técnicas más diversas, pudiendo representar con éxito a los administrados, como sería el caso de los arquitectos en cuestiones de urbanismo. Por otra parte, y ante la Administración, no cabe duda que los técnicos y profesionales del derecho son quienes mejor podrían representar los derechos e intereses de los particulares, sobre todo si se toma en cuenta la maraña inextricable que a veces constituye la selva de disposiciones y regulaciones administrativas de no pocos ordamientos jurídicos.

De las conveniencias de carácter estratégico señaladas, no puede establecerse ni concluirse, como regla general, la obligatoriedad de la representación por determinados profesionales en el procedimiento administrativo. Antes, por el contrario, la regla general es el derecho que tienen los particulares de poder comparecer por sí mismos ante los organismos administrativos(51). Es cierto que esta afirmación sería más bien objeto de discusiones de lege ferenda, -pero creemos que cabe dentro de los límites de este estudio -, si el ordenamiento jurídico nicaragüense no nos ofreciese una solución determinada.

(51) Existen dos sistemas en orden a la postulación profesional en lo contencioso-administrativo: a) Poder de postulación concedido directamente a la parte legitimada; b) Poder de postulación concedido a técnicos del Derecho, bien sea que se atribuya la representación y defensa a una misma persona (abogado) o que estas estén encomendadas a personas distintas (procurador y abogado). Pero insistimos, ante la jurisdicción administrativa, no ante los organismos administrativos.

El decreto acerca de gestiones ante autoridades administrativas Nº 1289, del 15 de diciembre de 1966 (52), prescribe en su artículo primero, párrafo uno: "Toda gestión, petición o actuación hecha por escrito ante cualquier autoridad administrativa o contencioso administrativo, no será admitida, tramitada ni resuelta, si no se hiciere personalmente por el interesado o por medio de Abogado, bajo pena de nulidad de todo lo actuado en caso de contravención".

Si bien es cierto que el mencionado precepto concede directamente el poder de postulación a los particulares, también señala la obligatoriedad que existe cuando quieran hacerlo de hacerse representar por medio de abogado. El artículo señala las gestiones, peticiones, o actuaciones ante autoridades administrativas o contencioso administrativas. Aquí lo que nos interesa son las realizadas ante autoridades administrativas no ante los tribunales contenciosos administrativos, que por otra parte no existen en Nicaragua (a no ser que quiera llamarse con ese nombre a los tribunales de Amparo, lo que, por otra parte, nos parece impropio).

(52) Publicado en "La Gaceta", Diario Oficial, Nº 11, del 13 de enero de 1967, (la jurisprudencia se refiere a él como ley de 2 de Enero de 1967) cuya vigencia comenzó el mismo día de su publicación según el artículo 2º del mencionado decreto: "Esta ley empezará a regir desde la fecha de su publicación en "La Gaceta", Diario Oficial". (Debe existir algún error en el texto manejado por nosotros).

Estamos de acuerdo con el poder de postulación concedido directamente a los particulares y con el derecho de poder actuar por medio de representantes, pero no con la obligatoriedad de que éstos sean abogados. Una cosa es el derecho que tienen los administrados de ser asistidos por un consejero o profesional del Derecho de su escogencia; y otra, el que cuando quieran actuar por medio de representante, este tenga necesariamente que ser un abogado; máxime si se tiene en cuenta que se trata de gestiones ante organismos administrativos, en vía administrativa.

Por otra parte sorprende la rigidez de la nueva Ley frente a la liberalidad de la Jurisprudencia anterior y aún del artículo 3º de la Ley de 9 de Octubre de 1897 (Ley de Procuradores) según el cual sólo podrán representar en juicio a otras personas: 1º) Los abogados; 2º) Los Notarios; 3º) Los parientes del poderdante dentro del 4º grado de consanguinidad o segundo de afinidad legítima. Y 4º) los que de conformidad a esa Ley obtuviesen el título de Procurador Judicial.

El párrafo segundo del artículo primero de la Ley de actuaciones ante organismos administrativos, establece ciertas atenuaciones a la rigidez del párrafo primero al señalar: "Se exceptúan de esta disposición las personas que estuviesen autorizadas por leyes especiales para hacer las gestiones a que se refiere el párrafo anterior; y no se aplicará en donde no hubiese abogado".

En cierto sentido este artículo constituye un retroceso

frente al sistema anterior. En una consulta del 23 de junio de 1927 (B. J. 6050) la Corte Suprema de Justicia dijo que en los asuntos administrativos cualquier persona puede representar a otra aunque no sea abogado. Posteriormente y refiriéndose a la nueva ley ese alto tribunal aclaró el sentido del nuevo artículo -en consulta del 14 de Febrero de 1967 (B. J. 328/1967)- diciendo que no se requiere la comparecencia en gestiones administrativas por medio de abogado mandatario y que cuando se haga por medio de mandatario, éste debe ser abogado.

Respecto al derecho que tienen las partes de ser asistidas por un consejero de su elección, debe existir la mayor libertad y así lo han consagrado algunos ordenamientos. Noruega y Suecia establecen el derecho que tienen los administrados de ser asistidos en cualquier momento y ante cualquier clase de organismos administrativos por abogados, lo que no excluye la comparecencia personal cuando así lo estimen necesario. También reconocen este derecho: Checoslovaquia, Polonia, Hungría, Yugoslavia, Estados Unidos, etc. (53).

La ley de procedimiento administrativo española establece en su artículo 24.1 que "Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante; se entenderán con éste las actuaciones administrativas cuando

(53) Cfr. BERTIL WENNERGREN: "Rapport général" al XIV congreso Internacional de Ciencias administrativas y la bibliografía que citamos en el capítulo tercero in totum.

así lo solicite el interesado". Salvo excepciones, rige la fórmula general de no exigir la concurrencia de condición alguna, en el representante de los interesados, por lo que esta puede recaer en cualquier persona con capacidad de obrar. Sin embargo, la Orden de 30 de Abril de 1966, que aclara el artículo 24 LPA. dice que este no se refiere a actos esporádicos, no retribuidos, derivados de relaciones de amistad o buena convivencia, exigiendo que las que se realicen de carácter habitual, lucrativo y profesional por medio de un gestor administrativo, salvada la posible actuación de los abogados, procuradores y graduados sociales. Esta Orden ha sido criticada por la doctrina como viciada de nulidad de pleno derecho (54).

Por otra parte, creemos que la exigencia del que el representante sea abogado no es aplicable en los trámites o gestiones que pueden hacerse oralmente.

Lo que debió haber sido consagrado como un derecho, se consagró -desafortunadamente- como una exigencia que pesa, aún más, sobre los hombros de los administrados. No es que estemos en desacuerdo con la asistencia de los técnicos del Derecho, al contrario, la estimamos positiva; pero sí estamos en desacuerdo con la forma en que ha sido impuesta, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter antiformalista y poco solemne del procedimiento administrativo. Respecto a su exigencia en lo contencioso-administrativo es materia discutible y controvertida que por los límites de este estudio no podemos abordar aquí.

(54) GONZALEZ PEREZ, J.: "La representación del interesado..." págs. 19 y ss.

CAPITULO III

DERECHO COMPARADO

1. INTRODUCCION

El fenómeno de la juridización del procedimiento administrativo no es un hecho aislado ni privativo de un solo país; pues si bien pueden establecerse cronológicamente jalones que marcan épocas determinadas y que influyen posteriormente otros países, es fácil reconocer, dentro de las diferentes regulaciones, la existencia de una serie de principios comunes que guían y orientan el procedimiento administrativo. Puede hablarse, por consiguiente, de una unidad de sus conceptos, y más aún cuando se evidencia una especial y acuciante preocupación: la de establecer sistemas jurídicos eficaces que protejan a los particulares frente a la creciente intervención administrativa.

Desde luego, esa pretendida unidad que afirmamos no nos hace ignorar las variaciones existentes en los diferentes ordenamientos, pues es diferente -claro está- la concepción del procedimiento administrativo en un sistema capitalista a la de un sistema socialista. De ahí que en éste capítulo nos propongamos hacer una exposición -lo más sucinta posible- de las líneas esenciales y

de los perfiles propios de cada sistema, en la creencia de que contribuirá a clarificar aún más los instrumentos manejados y que permitirá decantar la noción, contenido y fines que se pueden atribuir al procedimiento administrativo. Como aclaración previa, los detalles y particularidades de cada sistema los dejaremos para lo largo de este trabajo, pues así se podrán apreciar mejor las distintas realidades, los ejemplos que convenga seguir y las experiencias que convenga rechazar.

2. DIFERENTES SOLUCIONES LEGISLATIVAS

Tema clásico -y de obligada referencia para cualquier investigación que pretenda realizarse en éste campo- es la singular aportación del profesor Langrod, al haber establecido una clasificación de los sistemas de procedimiento administrativo en su famoso artículo "Procédure administrative et droit administratif", en el que examina las distintas soluciones legislativas que se han dado en el mundo a éstos problemas. Langrod distinguió tres grupos de sistemas (1): a) sistemas sin procedimiento administra

(1) Desde los tiempos en que Langrod publicó ese artículo en la "Revista Internacional de Ciencias Administrativas", en 1956, la situación en el mundo se ha modificado considerablemente, y muchos de los países que antes carecían de regulaciones procedimentales administrativas, hoy figuran con leyes adecuadas y modernas, como es el ejemplo reciente de Argentina con su ley y reglamento del 3 de abril de 1972. Pese a esas transformaciones mundiales, el esquema general propuesto por Langrod mantiene su validez y actualidad; prueba de ello es que el congreso de Dublín sigue, en líneas generales, las orientaciones apuntadas por el jurista polonés, nacionalizado francés. Por otra parte, Langrod ha seguido en los últimos años muy de cerca las evoluciones de los distintos países a través de numerosos estudios, como luego tendremos oportunidad de apreciarlo.

tivo; b) sistemas caracterizados por diferentes soluciones intermedias; c) sistemas donde existe un derecho administrativo procedimental.

3. SISTEMAS SIN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Aquí se comprenden sistemas en los cuales existe un Derecho Administrativo con contenido clásico. Pero "dans leur doctrine, il n'y a pas de place pour un droit administratif processuel en tant que secteur juxtaposé, parallèle dans le cadre général du droit administratif national" (2). Langrod incluía dentro de éste grupo a Francia y Alemania.

En Francia -señalaba- no se ha estudiado "pour la véritable fascination par le point de vue contentieux" (3) y por otra parte, por el rol pretoriano del juez administrativo francés que realiza un control a posteriori, al cual se le ha venido asignando tradicionalmente una mayor importancia. De allí que las líneas direc

(2) LANGROD: "Procédure administrative et droit administratif", R.I.S.A., 1956, pág. 27.

(3) LANGROD: op. cit., pág. 29. Sin embargo, tal y como señalamos en el capítulo I, después de los estudios del mismo Langrod, de Auby, etc., y sobre todo de Isaac, este tema ha sido ya tratado en aquél país, e incluso se ha logrado una sistematización de los principios jurisprudenciales, llegándose a reclamar su codificación.

Ver GARRIDO FALLA: "Tratado...", T. 1º, págs. 516 y s., y del mismo autor "La nueva ley sobre el procedimiento administrativo", R.E.V.L., nº 101, págs. 651-674- donde señala que la principal preocupación francesa se ha concretado en el Derecho Administrativo Material, descuidándose el aspecto procedimental. A lo largo de este trabajo haremos constantes alusiones a la situación francesa. Cfr. A.DE LAUBADERE: "Traité élémentaire de Droit Administratif", T. 1º, 5ª ed., Paris, 1970, págs. 259 y ss.

trices hayan sido trazadas principalmente por la vía de los principios dados por la jurisprudencia contenciosa. Por otra parte el congreso de Dublín incluyó a Francia siempre dentro del primer grupo.

Alemania Federal fue ubicada por Langrod en el primer grupo llamándole la atención que, a pesar de la especial atención prestada por destacados juristas alemanes a los problemas del derecho procesal -habiendo llegado incluso a influenciar la doctrina de otros países-, el aspecto procedimental administrativo fue muy poco o casi nada abordado. Pero es más sorprendente aún el que, pese a los lazos lingüísticos y culturales con Austria, y a algunos periodos de anexión (1938-1945), la influencia austríaca no se haya dejado sentir. Tampoco podemos decir que esa escasa preocupación procedimental administrativa se deba simplemente a la poderosa influencia del juez administrativo, pues aun que su rol es importante, no lo es tanto como en Francia.

Aún así, señala Langrod, han estudiado temas aislados, tales como el recurso jerárquico. El Derecho prusiano estudió el procedimiento administrativo como yuxtapuesto al contencioso administrativo, sin dejar de ser, en todo caso, un hecho aislado (4).

La explicación de esto podríamos encontrarla en las observaciones señaladas por Nieto; así la carencia de regulación legal se debería a la concepción alemana del Estado y de la Adminis-

(4) LANGROD: op. cit., págs. 33 y ss. FORSTHOFF: "Derecho Administrativo". Véase WALTER JELLINEK: "Alemania como Estado de Derecho", R. A. P., nº6, 1951, págs. 347 a 352. KLAUS VOGEL: "La tutela jurídica frente al poder público en la República Federal Alemana", R. D. J. A., Montevideo, T. 66, 1968, págs. 153 a 158. HORACIO CASSINELLI MUÑOZ: "Confrontación de los sistemas de lo contencioso administrativo en Alemania Federal y Uruguay", R. D. J. A., T. 66, 1968, págs. 153 a 168.

tración (5).

Mientras en Inglaterra la Administración se forma de abajo hacia arriba, con un control y una participación ciudadana, en Alemania se estructura de arriba hacia abajo, sin control ciudadano, siendo su preocupación máxima la eficacia. La administración se concibe como un instrumento, y por lo tanto debe ser eficaz. La idea de la eficacia de la Administración ha sido una de las más caras del pensamiento alemán. Bettermann la expuso en el Congreso de Profesores de Derecho Público Alemanes, celebrado en Viena en 1958. Sostiene la incompatibilidad del movimiento procesalizador de la Administración con su actual organización, y esto desde dos puntos de vista: 1º) por la progresiva pérdida de la influencia de los juristas dentro de la administración; 2º) por la progresiva aplicación de las técnicas de racionalización y mecanización. El objetivo y el resultado de ambas corrientes son el logro de una mayor eficacia de la administración. Bettermann no defiende la deshumanización del individuo, pues se encuentra suficientemente protegido por lo contencioso administrativo, lo que hace superflua la procesalización de la administración.(6).

En la reunión de profesores alemanes de Derecho Público, se planteó la posibilidad de una regulación legal del procedimiento

(5) ALEJANDRO NIETO: "El Procedimiento Administrativo en la Doctrina y la Legislación Alemana", R.A.P., nº 32, 1960, págs. 75 a 116. La Administración prusiana es una de las más ordenantistas del mundo. La actuación de los funcionarios estaba rigurosamente prevista y era, por consiguiente, eficaz. El Ordenamiento prusiano tendía a la eficacia, no a la garantía de los ciudadanos. Nieto, en cambio, opina del procedimiento administrativo que "la esencia del mismo no es la eficacia de la administración, sino la garantía de los ciudadanos" (pág. 78). Ver al respecto supra, capítulo II, nº 7.

(6) Tomado de NIETO: op. cit., págs. 79 y ss.

administrativo. Posteriormente se constituyó una comisión integrada por los profesores Bachof, Frochler y Ule, que después de intensos trabajos concluyó, el 7 de diciembre de 1963, un proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo a nivel federal, revisado posteriormente en 1966 (7). Sobre ese proyecto un ponente del Ministerio Federal del Interior elaboró otro proyecto en julio de 1967, que fue enviado a los Länder, pero no ha sido publicado. Sin embargo, algunos Länder como Breme, Berlín, Schlusing, Holstein, tienen leyes de procedimiento administrativo propias, basadas en dicho proyecto.

Después de esos reiterados intentos de codificación, resulta difícil seguir manteniendo a Alemania en esta primera categoría, siendo más preciso ubicarla entre aquellos países que poseen un cierto procedimiento administrativo parcialmente sistematizado, como veremos más adelante. Pueden incluirse dentro de este primer grupo a otros países como Dinamarca, Grecia, Costa de Marfil, Turquía, etc. Dinamarca podría talvez situarse en el grupo de países poseedores de un procedimiento parcialmente sistematizado. En Grecia existen proyectos de estudios y un anteproyecto

(7) Ver NIETO: "Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo en la República Federal Alemana", R. A. P., nº 47, 1965, págs. 483 a 522. La elaboración del texto se hizo tomando en cuenta viejas leyes de procedimiento como la de Thüringen del 10 - 6 - 1926, la de Austria, y otras más modernas, así como de una constante utilización doctrinal. Pero señala Nieto que, inexplicablemente, no se tomó en cuenta el Derecho extranjero con lo cual perdió una buena oportunidad de mejorar su texto aprovechando las experiencias y sugerencias del exterior. Evitó una perfección excesiva; se excluye de su regulación a los reglamentos, regula la materia de los contratos de Derecho Público, etc. El proyecto se proponía unificar en lo posible el Procedimiento Administrativo de la Federación y de los Estados, proporcionando un modelo único para todos los parlamentos (ver con más detalles el artículo de Nieto).

yecto completo de Código del Procedimiento Administrativo, elaborado en 1969 por el profesor Michel Stassinopoulos, que comprende 92 artículos.

4. SISTEMAS CARACTERIZADOS POR DIVERSAS SOLUCIONES INTERMEDIAS

4.1. Soluciones híbridas. - Langrod incluye dentro de estas soluciones al sistema de los países anglosajones, que parten de la noción de lo "cuasi-contencioso", para extraer de necesidades prácticas consecuencias teóricas. Los recursos cuasi-contenciosos se presentan como una fórmula intermedia, como una especie de transición entre los recursos puramente administrativos y los recursos contenciosos. Mejoran, de una parte, los recursos administrativos completándolos con técnicas contenciosas. Los recursos cuasi-contenciosos son decididos por órganos administrativos que actúan como jueces, sin serlo, y con criterios estrictos de imparcialidad, tomando en cuenta el criterio de las partes; la decisión pronunciada da la sensación de que ha habido juzgamiento. Puede mencionarse como ejemplo típico a Inglaterra, mediante la "administrative justice" y otros organismos que desarrollan funciones cuasi-judiciales ("quasi-judicial powers") y que reciben el nombre de tribunales, "administrative tribunales" (9).

4.2. Sistematizaciones parciales. - A diferencia de la actitud pragmática de los sistemas cuasi-jurisdiccionales, existe una cierta actitud intelectual de aceptación de la juridización del

(8) LANGROD: op. cit., págs. 36 y ss. GARRIDO FALLA: "La Nueva Ley...", págs. 653 y ss; "Tratado...", T. 1º, pág. 517.

procedimiento administrativo, actitud que se manifiesta a través de una serie de sistematizaciones parciales, en la cual tendríamos que ubicar toda una escala de soluciones. Langrod incluía dentro de este grupo a España, pero por la Ley de 1958, ha pasado a constituir un caso aparte, que debe incluirse en la categoría de aquellas naciones en donde existe procedimiento administrativo.

En esta categoría de sistematizaciones parciales pueden incluirse a :

Alemania Federal: ya hemos visto como en este país existe un proyecto de ley federal y codificaciones en algunos Länder.

Suiza: existe un anteproyecto de Ley Federal de Procedimiento Administrativo y códigos de procedimiento administrativo en ciertos cantones (Argovie, Bâle-Campagne, Saint-Gall, Tessin, Valais y Zurich).

Holanda: se han hecho varios estudios, destacando principalmente los de la Fundación Dr. Wierdi Beckman. Hay una ley del 20 de junio de 1963 concerniente a la contestación de las decisiones administrativas, consta de 34 artículos y se limita a los recursos contra las decisiones de la administración central. Sin embargo se continúan estudiando otros proyectos y medios de control administrativo (9).

Italia: en 1944 se nombra una comisión para la reforma administrativa que ha analizado, entre otros, varios proyectos de ley

(9) Ver entre otros: GERRIT ABRAHAM VAN POELJE: "La Procédure Administrative aux Pays-Bas", R. I. S. A. , 1965, nº4, págs. 275 a 278; LANGROD: "Pour une Protection Efficace du Particulier contre les Abus de l'Administration", Revue Administrative, nº 131, 1969, págs. 631 y ss.

sobre Procedimiento Administrativo: en 1948 se estudia un primer proyecto de Forti; en 1955 el proyecto de Francesco y posteriormente dos proyectos de Lucifredi, siendo el último de 1963 (10).

Portugal: después de la creación en 1967 de un secretariado para la reforma administrativa de la Presidencia del Consejo, se ha estudiado la conveniencia de un código de Procedimiento Administrativo. Existe un proyecto de 1969.

Bélgica: se han presentado varias proposiciones -1957, 1966 y 1969- tendientes sobre todo a la creación de un Comisario Parlamentario (ombudsman). En 1962, el Instituto Belga de Ciencias Administrativas presentó un "rapport" muy interesante al gobierno. La doctrina belga ha comenzado a mostrarse sensible a estos problemas, aunque su influencia se haya dejado sentir en ciertos sectores - como urbanismo- y a la amplitud dada a la parte deliberativa en la acción (11).

Suecia: tiene un ante-proyecto publicado en 1964 y un texto añadido en 1968. No hay que olvidar que el papel jugado por la Institución del ombudsman sueco es muy considerable, y que ha dado lugar a una literatura muy abundante cuyo ejemplo legislativo ha

(10) Cfr. ALDO M. SANDULLI: "Il Procedimento Amministrativo", Milán, 1964; GIUSEPPE CATALDI: "Il procedimento amministrativo nei suoi orientamenti giuridici e non giuridici", Milán, 1967.

(11) Ver entre otros: CYR CAMBIER: "Droit Administratif", Bruxelles, 1968, págs. 434 y ss. ANDRE BUTTGENBACH: "Manuel de Droit Administratif", Bruxelles, 1966, 3ª ed., vol. 1º, págs. 342 y ss. M. VAUTHIER: "Précis du Droit Administratif de la Belgique", Bruxelles, T. 1º, págs. 68 y ss. P. WIGNY: "Droit Administratif", 4ª ed., Bruxelles, págs. 445 y ss. J. DEMBOUR: "Droit Administratif", Liège, 1970, págs. 237 y ss. M. REMION FELI: "La motivation des actes administratifs en droit belge" en Rapports Belges au VIIIème Congrès International de Droit Comparé (Pescara 1970), Bruselas, 1970, págs. 669-689.

cundido por todo el mundo; un último y reciente ejemplo sería la figura del Médiateur francés.

Dentro de éste grupo de sistematizaciones parciales, hay que incluir además a Finlandia, Rusia (Ukrania cuenta con un código de Procedimiento Administrativo de 1926), India, República Arabe Unida, Zambia, Japón (en donde existe un proyecto), Grecia (con el anteproyecto del profesor Stassinopoulos), etc.

5. SISTEMAS EN LOS CUALES ESTA REGULADO EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Dentro de esta categoría debemos establecer algunas diferencias, según se trate de países capitalistas o de países socialistas, puesto que las características varían de un sistema a otro. De todas maneras pueden trazarse algunas líneas generales: en ambos grupos de países se presenta un cuadro legislativo, jurisprudencial y doctrinal completo, se encuentran verdaderos códigos y leyes de Procedimiento Administrativo; se observa una labor jurisprudencial sistematizadora que precede a las codificaciones y más tarde las refuerza; y en todos los sistemas, la doctrina -con una u otra orientación- juega un papel de primerísima importancia. Desde los tiempos en que Langrod escribió sus trabajos pioneros la situación se ha modificado notablemente, y a la primitiva lista debemos agregar hoy nuevos países sumados a ese verdadero movimiento mundial protector de los particulares.

A. Países con características democráticas occidentales

En éste grupo incluimos a los países occidentales con un sistema económico capitalista, en los cuales se respetan, en mayor o menor medida, las líneas generales de las democracias formales, dándose en ellos -con matices individuales- un cierto interve-

cionismo económico que responde más bien a la noción de Estado Social de Derecho.

5.1. Austria. - Tal y como señaló Langrod, Austria es el país donde por primera vez se estructura en el mundo una verdadera ley de procedimiento administrativo, la ley del 22 de octubre de 1925. Esta ley vino a ser una concreción de la labor creadora que venía ejerciendo la Jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Viena, desde hacía un buen tiempo. Señala Langrod que el Tribunal Administrativo de Viena emprendió entre 1875 y 1925 una obra meritoria que, en cuanto a su imaginación creativa, a su sentido de la realidad y a sus resultados tangibles, puede ser comparada con las creaciones más importantes del Consejo de Estado francés, y que ese tribunal administrativo ha sabido en el marco del control posterior de los vicios de forma crear por vía interpretativa un monumento legal con una continuidad notable en las ideas y una amplitud de horizontes única en su género (12).

La codificación austríaca inicia una nueva etapa que constituye un punto de reflexión y de referencia obligada al tratarse de estos problemas. En lo doctrinal destacan varios autores que insistieron sobre los aspectos procedimentales de la administración. De finales de siglo destacan, entre otros, Edmund Bernatzik, Von Lemayer, Maryhofer, Menzel, Von Tezner, Gumplowick, etc. quienes consideraban al procedimiento de la administración como un fragmento del procedimiento general, insistiendo sobre

(12) LANGROD: "Procédure Administrative...", pág. 49. ROYO VILLANOVA -en "El Procedimiento Administrativo..."-, al referirse a la legislación de 1925, señala que: "Austria ha sido el primer país que ha promulgado verdaderas leyes generales de procedimiento administrativo" (pág. 66). PUGET: op. cit. pág. 169.

la necesidad de una reforma administrativa. Doctrina continuada luego por autores más recientes como Adolf Merkl, Egbert Mannlicher y otros. Merkl, sobre todo, es quién clarifica la noción de procedimiento administrativo, distinguiéndola de lo contencioso administrativo y de los otros procesos (13).

Tanto la doctrina austríaca como la legislación y jurisprudencia han concedido una importancia tal al procedimiento administrativo, que lo contencioso ha pasado a un segundo plano. Mientras en la mayoría de los países el centro de gravedad de las garantías de los particulares se sitúa en la fase contenciosa, el ordenamiento austríaco lo sitúa en las fases mismas donde se desarrolla la actividad administrativa. Referiéndose a esta situación, Nieto dice: "Austria ofrece el extraño ejemplo de una literatura jurídica dedicada al procedimiento administrativo mucho más abundante y rica que la dedicada al procedimiento contencioso administrativo" (14).

La codificación de 1925, que aparece con una visión proteccionista, estaba encaminada, de una parte, a proteger los derechos individuales, tendiendo, de otra, a proteger el interés público. La codificación surge, en cierto sentido, como una motivación inmediata y como una consagración del progreso de las ideas democráticas formales, que habían ido ganando los países de la Europa Central. Abarca tres dominios del procedimiento

(13) LANGROD manifiesta de la doctrina austríaca que ella "constate l'"autonomie" de la procédure administrative en tant que branche parallèle de la procédure juridique, à côté de la procédure judiciaire et en même temps l'unité générale de principes processuels qui, avec des variantes, se retrouvent fatalement dans tous les secteurs de procédure" - op. cit., pág. 52.

(14) ALEJANDRO NIETO: "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", R. A. P., nº37, 1962, pág. 118.

administrativo: a) procedimiento administrativo general; b) procedimiento administrativo disciplinario; c) procedimiento administrativo de ejecución. Esta codificación influyó notablemente en los países de Europa Central, a tal punto que dió lugar a una primera ola de codificaciones que forman una misma familia (15), tales como los reglamentos de Checoslovaquia (13 de enero de 1928), de Polonia (22 de marzo de 1928) y de Yugoslavia (9 de noviembre de 1930).

Participantes en el procedimiento.— Se distingue entre parte y persona interesada. Para figurar como parte se requiere ser poseedor o titular de un derecho subjetivo, o de un interés legal determinado por el derecho material o de fondo. Las personas interesadas hacen valer, en cambio, un interés de hecho; estas personas demandan ante la Administración una cierta acción que puede afectarles directamente o indirectamente. Están capacitadas para informarse sobre la marcha del procedimiento, participar en las audiencias orales y solicitar la comunicación del expediente. Desde el inicio del procedimiento, los particulares deben demostrar previamente la existencia de un derecho de fondo o de un interés legal para poder participar, contrariamente a lo que sucede en el proceso judicial clásico.

Derechos procesales de los participantes.— El principio de la contradicción encuentra una gran aplicación en el derecho austriaco. La motivación es obligatoria cuando la decisión no es conforme a las pretensiones de las partes, salvo excepciones. Concede al acto administrativo la fuerza de verdad legal tanto en un sentido material como en un sentido formal, pero preve un cierto nú-

(15) ISAAC: "La Procédure Administrative Non Contentieuse", pág. 109. GARRIDO: "La Nueva Ley sobre...", págs. 656 y ss.

mero de excepciones importantes. Existe una nueva ley de procedimiento administrativo del 23 de mayo de 1950.

5.2. Estados Unidos. - Aunque este país no tiene un régimen de Derecho administrativo propiamente dicho, se sucede -en el sentido europeo continental- una progresiva aproximación al sistema del Derecho administrativo. Actualmente la acción administrativa está sometida a un riguroso procedimiento, que afecta tanto a los actos administrativos concretos como a la elaboración de los reglamentos.

Como antecedentes, se encuentra una disposición de la Constitución Federal, el 14º amendment del 28 de julio de 1868 (16) donde se establece el principio del "due process of law", posteriormente desarrollado (17), hasta culminar después de varios

(16) La enmienda 14 dice en su artículo primero: "todas las personas nacidas o naturalizadas en Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, serán ciudadanos de Estados Unidos y del Estado donde residen. Ningún Estado podrá dictar o poner en vigor ley alguna que menoscabe los derechos e inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos; y ningún Estado podrá privar a persona alguna de su vida, su libertad, o su hacienda, sin el debido procedimiento legal; no podrá negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes". Véase al respecto ANDRE TUNC: "Le droit des Etats-Unis", traducción española, colección ¿Qué sé?, 1971, págs. 23 y ss. HENRY PUGET: "Les Institutions...", págs. 158 y ss., especialmente págs. 168 y s.

(17) Como precedentes de la "Federal Administrative Procedure Act" puede mencionarse la investigación llevada a cabo por el comité de "Attorney General" en 1941 para el procedimiento administrativo, nombrado por el Presidente Roosevelt; en 1943, la "National Conference" aprobó un primer esquema de Procedimiento Administrativo que adoptó el Estado de Wisconsin; North Dakota tenía una ley desde 1941; North Carolina y Ohio tenían desde 1943 reglas uniformes referentes a procedimientos de autorizaciones, concesiones y permisos administrativos; California se da una reglamentación en 1945, con tres disposiciones para regular la actividad administrativa: la "Administrative Procedure Act", la "Division of Administrative Procedure Act" y la "Judicial

precedentes en la ley del 11 de junio de 1946, la "Administrative Procedure Act" (60 stat. , 237, 5 US. CA. 1001, Public Law 404, 79th. Congress).

Procedimiento de elaboración o de edición de los reglamentos. -

Este es uno de los aspectos más originales de la codificación de los Estados Unidos, sobre todo si tomamos en cuenta que, en los países anglosajones, la administración no posee como una competencia propia un poder reglamentario general, sino que requiere una delegación expresa (18).

Antes de la ley de 1946 existían algunos procedimientos más o menos democráticos, como las técnicas de las conferencias, con_
sultaciones, audiencias públicas, orales, etc.; procedimientos que posteriormente han sido incorporados a la sección 4ª del F. A. P. A. . Se trata de una "advertencia previa" de la intención de editar un reglamento con el objeto de suscitar la participación de los administrados, advertencia que debe ser publicada por el or_

cial Review Procedure Act". Véase VILLAR PALASI: "La Federal Administrative Procedure Act de Estados Unidos", R. A. P. , nº1, 1950, págs 277 a 295; B. SCHWARZ: "La Procédure Administrative aux Etats-Unis", Revue Internationale de Droit Comparé, abril-junio 1951, págs. 251 a 261; TRISTAN BOSCH: "El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América", Montevideo, 1953.

(18) Ver al respecto GARRIDO FALLA: "Tratado...", T. 1º, págs. 130 y s. Señala que se ha abierto paso a la doctrina de que basta con que la ley de delegación contenga un cuadro de limitaciones a las que tenga que ajustarse el Ejecutivo al dictar los posteriores reglamentos. El valor de las normas dictadas así no es reglamentario, sino de ley, aplicación de la "clausula de Enri que VIII" del derecho inglés. Pero es posible una fiscalización jurisdiccional por inconstitucionalidad de las leyes. TUNC: op. cit., págs. 56 y ss. ISAAC: op. cit., pág. 128. GARCIA-TREVIANO, J. A.: "Tratado de Derecho Administrativo", T. 1º, págs. 376 y ss.

ganismo competente en el "Federal Register" (19). Los interesados tienen, entonces, derecho de comunicar por escrito sus observaciones. Las audiencias orales dependen de los textos legales o de la iniciativa de la administración. Una vez que se ha adaptado un reglamento debe ser publicado en el "Federal Register". La F.A.P.A. dispone el transcurso de 30 días después de su publicación para su entrada en vigor, plazo que se considera razonable para que los administrados puedan formular observaciones.

Procedimiento administrativo respecto al acto concreto. - La comparencia puede hacerse personal o por representación, no pudiendo ésta última denegarse. Los interesados pueden, a su costa, procurarse copias de los extremos que figuren en el expediente, salvo en aquellos casos en los que el interés público aconseje el secreto del expediente o de partes. Si una petición es denegada, la administración deberá comunicar inmediatamente esa denegación, con los razonamientos procesales o sustantivos que hayan motivado la denegación. Tiene una gran importancia la audiencia que se concede a los particulares.

Procedimiento de edición de las decisiones quasi-jurisdiccionales. - En el Derecho administrativo de los Estados Unidos, la

(19) Se menciona el nombre de la autoridad de que se trata, términos en los cuales se propone la norma general, cita de las disposiciones legales sobre las cuales se basará el reglamento, problemas que comprenderá, tiempo, naturaleza del procedimiento, forma en que se va a seguir, lugares donde el público puede obtener información y presentar observaciones. La participación de los particulares también se asegura por medio de los siguientes trámites: a) consultas y conferencias para obtener la opinión de los grupos económicos interesados; b) audiencias públicas en las cuales pueden participar libremente los interesados; c) publicación en el "Federal Register".

distinción entre administración activa y jurisdicción administrativa no es muy clara. Se conciben dos tipos de administración activa: a) la de tipo clásico, ejercida por los departamentos ministeriales; b) la administración de los diferentes "agencies", "comissions", "offices", "boards", etc. que ejercen funciones jurisdiccionales, y para los cuales la F. A. P. A. impone uniformidad (20). El procedimiento se abre mediante una notificación, por medio de la cual el interesado es advertido con tiempo del asunto a tratar. Las audiencias deben realizarse antes de que la administración tome cualquiera decisión que afecte o pueda afectar los bienes o la persona de cualquier ciudadano. Estas audiencias tienen un carácter contradictorio, los particulares tienen el derecho de conocer todas las piezas sometidas para las decisiones y aún de discutir las; pueden hacerse incluso oralmente. Se admite la asistencia y comparecencia mediante abogado. Las audiencias no deben realizarse necesariamente ante los jefes de los órganos, sino que pueden hacerse frente a agentes especiales encargados de la instrucción, los que deben asegurar la transmisión de la prueba y de los argumentos de las partes a los órganos encargados de tomar las decisiones. Una vez que dichos órganos han tomado su decisión, ésta obligatoriamente debe ser motivada y notificada a los particulares; esta decisión puede convertirse en definitiva si no se produce alguna apelación. La ley de 1946 creó el cuerpo de oficiales de audiencia, específicamente

(20) Estas comisiones presentan como notas características: 1º) la quiebra de la unidad del Poder Ejecutivo, pues tienen una relativa independencia respecto al Presidente de los Estados Unidos; 2º) reúnen en sus manos, además de sus naturales facultades ejecutivas, poderes reglamentarios y quasi-judiciales; dictan reglamentos, los aplican, persiguen por sí mismos y juzgan a sus infractores. Ver a GARRIDO FALLA: "Tratado...", T. 1º, págs. 126 y ss. TUNC: op. cit., págs. 47 y ss.

te encargados de la instrucción, quienes deben asegurar en todo momento las garantías de independencia, imparcialidad y de competencia.

En todo caso, es preciso señalar que los controles a posteriori en los Estados Unidos son relativamente escasos, lo cual justifica, en cierto sentido, el extraordinario desarrollo que el procedimiento administrativo ha tenido. No existen tribunales contencioso-administrativos especiales, afirmándose la unidad orgánica e interna de lo judicial frente a los sistemas de jurisdicción especial para los actos administrativos, lo cual resulta explicable por una parte por la fuerza de la tradición y, de otra, por los propios principios del Common Law. El procedimiento administrativo se encuentra impregnado del principio del "due process", que, como dijera el "chief justice" Taft, "la cláusula del debido procedimiento tiende a asegurar la igualdad jurídica, desde luego, en el sentido de que establece un mínimo necesario de protección al derecho de cada uno a la vida, a la libertad y a la propiedad, derecho de que ni el Congreso ni la legislación puede privar" (21).

Reforma. - La ley de procedimiento administrativo F. A. P. A. de 1946 fue modificada en 1964. En ese año, conforme a una recomendación que había hecho el Presidente Kennedy, se crea la "Administrative Conference of the United States", como un cuerpo electoral permanente; pero su verdadera labor comenzó en enero de 1968. Este Consejo juega un papel de Ombudsman federal y estudia las cuestiones procedimentales, gozando de una gran independencia, dependiendo su nombramiento del Congreso.

El Consejo está compuesto por un presidente y once miembros, pero en las reuniones plenarias pueden llegar hasta 75 y aún 91 miembros. Cuenta con dirigentes de cuerpos administrativos,

(21) Cita tomada de VILLAR PALASI: op. cit., pág. 286.

antiguos ministros, abogados y teóricos de gran renombre nacional e internacional; presenta informes anuales al Presidente y al Congreso; juega un papel considerable para la mejora de los procedimientos administrativos, adaptándolos a las necesidades cambiantes de la sociedad, y estableciendo una sana política de información y de control, en cuanto a la manera en que son tomadas las decisiones administrativas.

5.3. España. - Es una opinión muy generalizada en la doctrina española que la exclusión de España del tercero de los grupos citados dentro de la clasificación es discutible. Expresa la doctrina española la existencia de ciertos datos cronológicos de algunas disposiciones que contienen procedimiento administrativo, tales como la ley del 31 de diciembre de 1881, la ley de bases para el procedimiento de ley de las reclamaciones económico-administrativas, y la ley de bases del procedimiento administrativo del 19 de octubre de 1889 (anterior -señalaⁿ a otras regulaciones). Para su desarrollo fueron dictados numerosos reglamentos aplicables en particular a los diversos Departamentos Ministeriales, si bien la Doctrina venía reclamando con insistencia una ley general que superase la anarquía reinante en esa materia.

El 17 de julio de 1958 se dictó la actual "Ley de Procedimiento Administrativo" que comprende 146 artículos, y que ha transformado el panorama jurídico-administrativo de éste país.

Estructura de la Ley. - La ley consta de un título preliminar que trata del ámbito de aplicación de la ley, 6 títulos, disposiciones finales y disposiciones transitorias.

Título Primero: Comprende cuatro capítulos referentes a los órganos administrativos, principios generales, competencia, órganos colegiados, conflictos de atribuciones, abstención y recusación.

Título Segundo: "Los Interesados"

Título Tercero: Cinco capítulos referentes a la actuación administrativa, normas generales, actos en general, requisitos de los actos, eficacia, invalidez, términos y plazos, información y documentos, recepción y registro de documentos.

Título Cuarto: Cinco capítulos referentes a la iniciación, ordenación, instrucción, terminación y ejecución.

Título Quinto: "Revisión de los actos en vía administrativa", comprende dos capítulos referentes a la revisión de oficio y a los recursos administrativos.

Título Sexto: "Procedimientos especiales", comprende tres capítulos referentes al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general; procedimiento sancionador; reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales

Finalmente las disposiciones finales y las disposiciones transitorias.

Contenido. - La ley española viene a regular una serie de materias además de las propiamente administrativas, y más bien "desborda con mucho el campo estricto del procedimiento, para ser, realmente, una "ley sobre la acción administrativa", pues tanto se reglamenta la forma, como el fondo de ésta" (22). Con

(22) GARRIDO FALLA: "La Nueva Ley...", pág. 662. La bibliografía española general y especializada sobre este tema es sumamente abundante, de aquí que no incluyamos en este apartado algunas menciones a autores en particular. Puede encontrarse a lo largo de todo el trabajo.

Por otra parte, la visión que ofrecemos del Derecho español es muy sintética, encontrándose un análisis detallada en cada capítulo de la tesis, siendo una de las primeras y más importantes fuentes que hemos manejado. Nos remitimos entonces a la obra en general. Sobre el período anterior a la ley de 1958, véase p. ej. SEGISMUNDO ROYO VILLANOVA: "El procedimiento administrativo como garantía jurídica", R. E. P., nº 48, págs. 55 a 118. VILLAR Y ROMERO: "Derecho Procesal Administrativo"

tiene pues, además del procedimiento administrativo, el régimen jurídico de los actos y otros aspectos de la acción administrativa: sujetos, desarrollo, régimen jurídico del acto, efectos, impugnación, elaboración de disposiciones generales, reclamaciones previas a la vía judicial, etc.

Ambito de aplicación. - Se aplica: a) a la administración del Estado, en la cual existen disposiciones aplicables a todos los procedimientos; ej: las normas reguladoras del silencio administrativo y de los recursos; b) a la Administración institucional. La ley tiene un carácter supletorio en este régimen; c) a la Administración local. En el artículo 1º, parrafo 4º, actúa la ley con carácter supletorio, existiendo, sin embargo, algunas especialidades.

Objetivos. - Además de perseguir la legalidad, la ley también viene a ser una garantía jurídica para el particular, pero lo que es más importante a nuestro juicio, pretende obtener la eficacia del quehacer administrativo, no solo con simples declaraciones legales, sino con normas condicionantes de la actividad de la administración (horarios de trabajo, forma de dictar ciertos actos, etc). La ley tiende, además, a lograr una mayor desconcentración; la ley, dice el maestro Garrido Falla, "... significa un notable intento de simplificación y aceleramiento de la actividad administrativa" (23). Prescribe plazos muy breves, y en

Madrid, 1948.

(23) GARRIDO FALLA: artículo citado, pág. 668.; "Tratado..", T. 1º, págs. 524 y ss. GONZALEZ PEREZ: "El Procedimiento Administrativo", págs. 79 y ss. M. FRANCISCO CLAVERO AREVALO: "Ambito de Aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo", R. A. P., nº29, 1959, págs. 311 a 328. ISAAC: op. cit., págs. 132 a 144- dice, entre otras cosas, de la legislación española que "Elle apparait comme ses homologues des démocraties populaires, dans une période de liquidation d'un passé trouble et de restauration du principe de 'légalité'" (pág. 132).

caso de incumplimiento pueden acarrear hasta una sanción disciplinaria en contra del funcionario culpable de la demora. Pero, según hacía notar Aurelio Guaita, el objetivo de la eficacia no ha sido totalmente alcanzado (24).

Normas complementarias. - Existe un buen número de normas complementarias que abarcan diversos temas (competencias, coordinación de horarios de oficinas, oficinas de información, de iniciativas y reclamaciones, transmisión, normalización, nulidad de disposiciones, etc.).

Revisión periódica. - Esta es una de las características más originales de la ley española. La quinta de las disposiciones finales señala que el Gobierno promoverá cada tres años las reformas que estime convenientes, a la luz de los datos que vaya señalando la experiencia, lo cual permite ir adaptando progresivamente la legislación a la creciente movilidad social que parece caracterizar a las sociedades actuales. La ley de procedimientos de 1958 ha sido reformada parcialmente el 2 de diciembre de 1963.

Entre las repercusiones que esta ley ha tenido, debemos mencionar la ley y reglamento del procedimiento administrativo de Argentina de 1972, tal y como se reconoce expresamente en su exposición de motivos. Indudablemente la Legislación española es una de las más completas que existen, y su influencia en los países Latino-Americanos comienza apenas a ejercerse. Hay que entender y comprender esta ley dentro de un contexto social determinado, con las limitaciones particulares de espacio y tiempo. Constituye una cantera inagotable y un ejemplo a se-

(24) A. GUAITA: "La Revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo", E.N.A.P., 1964, especialmente págs. 51 y ss. Menciona, por otra parte, que la ley de procedimiento española se inspiró en gran medida en un proyecto italiano de 1953.

guir, sobre todo por países como Nicaragua, que carecen de una legislación procedimental administrativa, teniendo en cuenta, claro está, los puntos concretos reformables y superables y su adecuada adaptación a las realidades nacionales, a la luz de las experiencias y aportaciones de otros sistemas procedimentales.

5.4. Noruega. - La evolución jurídico-administrativa de este país es muy interesante, y en general poco conocida. Siguiendo el modelo de Suecia, en 1952 se nombró un Ombudsman para asuntos militares y en 1962 un Ombudsman para asuntos civiles. El 17 de febrero de 1967 se adoptó una ley de procedimiento administrativo, que consta de 43 párrafos agrupados en ocho capítulos. Su ámbito de aplicación es muy amplio, pues es aplicable a todos los asuntos administrativos, salvo disposición legislativa expresa en contrario.

La ley noruega regula problemas de competencia, conteniendo, además, disposiciones generales de procedimiento, de instrucción, investigación, pruebas, formas de realizar las audiencias. Se establece, en principio, que el acceso al expediente es libre, las formas en que los organismos administrativos deben de tomar decisiones, motivación, notificaciones, recursos, anulaciones, etc. La ley noruega es aplicable también al procedimiento de elaboración de reglamentos.

5.5. Argentina. - En los países de América Latina las cuestiones procedimentales administrativas habían sido objeto de estudios doctrinales desde hacía algún tiempo. Destacan entre otros autores: Marienhoff, Gabino Fraga, Serra Rojas, Silva Cinma, Sayagués Laso, Rafael Bielsa, Fiorini, Carmona Ronay, Nava Negrete, Gordillo, etc. Por otra parte, la labor jurisprudencial ha venido evidenciando la necesidad de legislaciones procedimentales administrativas, y en muchos casos estableciendo

criterios y dando pautas de orientación. Estos factores, y otros, han coincidido para la existencia en ciertos países de proyectos de estudio, y en otros de verdaderas legislaciones de procedimiento administrativo.

En Argentina algunas provincias tenían leyes de procedimiento administrativo y existían unas cuantas disposiciones en el orden nacional, a menudo contradictorias. Fue nombrada una comisión para la elaboración de un anteproyecto de ley, finalmente aprobado, y publicado en el "Boletín Oficial" del 27 de Abril de 1972 -conocida como la ley nº 19.549- y el reglamento de dicha ley de igual fecha, por medio del decreto nº 1.759. La ley consta de 32 artículos agrupados en cuatro títulos, comprendiendo los siguientes temas:

Título I : Procedimiento administrativo: ámbito de aplicación.

Título II : Competencia del órgano.

Título III : Requisitos esenciales del acto administrativo.

Título IV : Impugnación judicial de actos administrativos.

El reglamento consta de 111 artículos agrupados en once títulos.

La codificación argentina presenta las características de haber contemplado, en el texto de la ley, tan sólo los principios básicos a que debe ajustarse el procedimiento administrativo, tendientes a asegurar la garantía constitucional del debido proceso, contemplando otros detalles por vía de reglamentación. Es ventaja suya el poder comunicarle flexibilidad y agilidad por vía de reglamentación, ajustándola a las cambiantes necesidades de la sociedad.

Tal y como se reconoce en la exposición de motivos, ha influido en ésta codificación la labor de la doctrina argentina (especialmente Agustín Gordillo, Juan Francisco Linares, Miguel S. Marienhoff), las conclusiones del seminario sobre "Procedimientos Administrativos Especiales" realizado en junio y agosto de 1970 por el Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa, de

la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, bajo la dirección de Bartolomé Fiorini. Además se tomó en consideración unos cuantos proyectos de ley existentes. Cabe destacar la influencia de la legislación española de 1958.

Ambito de aplicación. - Se aplica a la administración centralizada y descentralizada -inclusive los entes autárquicos- con excepción de los organismos militares. (ley, artículo 1º).

Principios. - Se consagran los principios de la impulsión e instrucción de oficio, celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, el informalismo, el principio del debido proceso administrativo, etc.

Competencia. - Se advierte una especial preocupación por asegurar la objetividad e imparcialidad del procedimiento.

Requisitos esenciales del procedimiento. - Comprende: causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad, forma y, además, el caso de las vías de hecho; el silencio o ambigüedad de la Administración; eficacia del acto: notificación y publicación, presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, retroactividad del acto, nulidad, anulabilidad, invalidez de cláusulas accidentales o accesorias, revocación del acto nulo, revocación del acto regular, saneamiento, ratificación, confirmación, conversión, caducidad y revisión del acto.

Impugnación judicial de actos administrativos. - Regulado en el título IV.

Reglamento. - El reglamento de la ley nacional de procedimientos regula en detalle las grandes líneas generales señaladas por la ley. Presenta, como dijimos arriba, la conveniencia de poder adaptarse con agilidad y flexibilidad a cualquier situación y necesidades que plantee la sociedad. La reglamentación es muy completa, y a ella se ha dejado la regulación de materias, como los

recursos administrativos, actos administrativos de alcance general y los proyectos de ley.

La codificación argentina viene a marcar una nueva etapa en el Derecho Administrativo latinoamericano, pues, creemos, su influencia se dejará sentir positivamente en otros países (25).

5.6. Uruguay. - Presenta características muy particulares que hacen de éste país un caso especial. En efecto, el procedimiento administrativo está regulado en la "Constitución de la República Oriental del Uruguay" de 1967.

Por el decreto 575/966 de 23-XI-1966, se aprueba la recopilación y sistematización de normas de procedimiento administrativo, preparadas por la Dirección de Justicia del Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social. La recopilación tuvo por objeto reunir y sistematizar las normas vigentes en la materia procedimental administrativa, introduciendo orden y claridad en la multitud de textos dispersos.

La recopilación consta de 316 artículos, en tres libros:

Libro I : Del procedimiento administrativo en general (art. 1 a 157).

Libro II : De algunos procedimientos administrativos especiales (art. 158 a 314).

Libro III : Derogación de disposiciones reglamentarias.

El libro primero contiene normas y disposiciones aplicables a la generalidad de la tramitación, a la iniciación de oficio o a petición de parte, las notificaciones, aspectos materiales del trámite -papel, ligazón, foliatura, formación de piezas y los desgloses-, ficha de tramitación; formalidades que deben concurrir en las pe

(25) Por su extensión e importancia, hemos preferido ofrecer una visión esquemática de la codificación argentina, dejando para el desarrollo del tema las referencias de tan importante legislación.

ticiones, actos administrativos y recursos; clases de recursos, plazos, etc. Incluye además una sección especial referente a la jurisdicción contencioso-administrativa, inclusión que considera ron los recopiladores como complementaria de la materia, aunque -claro está- no se trata ya de materia administrativa propiamente dicha, sino de una función jurisdiccional (ver *supra*, capítulo I, nº 8).

El libro segundo comprende algunos procedimientos especiales, como los del sumario administrativo, incluye las formalidades de la licitación pública y de la expropiación. Con muy buen sentido se incluyeron únicamente las normas estrictamente administrativas, dejándose a un lado las disposiciones que regulan trámites judiciales conexos a la expropiación.

Los recopiladores, y luego el Gobierno, consideraron ventajoso reunir en un texto único estas normas administrativas, porque contribuyen a clarificar el panorama normativo, e inciden en forma directa en el mejoramiento de los servicios administrativos. Y, tal y como se señaló expresamente en los antecedentes, "constituye un primer paso hacia la codificación de las normas de procedimiento administrativo". A la luz de esta aclaración, el fenómeno uruguayo no debe considerarse como definitivo, aunque, por el volumen y la amplitud de los aspectos tratados, preferiremos hacer referencias a esta recopilación a lo largo de la exposición. (26).

(26) Véase: GONZALO AGUIRRE RAMIREZ: "La Competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución de 1967", R. D. J. A. , T. 67, 1969, págs. 149 a 200. Son interesantes las consideraciones que hace de los recursos administrativos.

B. El Procedimiento Administrativo en los Países Socialistas

Habíamos señalado anteriormente la notable influencia que la codificación austriaca de 1925 tuvo sobre los países de la Europa Central, originando la reglamentación de Checoslovaquia del 13 de enero de 1928, Polonia del 22 de marzo de 1928, y Yugoslavia del 9 de noviembre de 1930. Después de esa "primera oleada" de codificaciones, hacia la segunda mitad de este siglo, estos países conocen un nuevo movimiento legislativo, y se dictan leyes de procedimiento administrativo de signo y orientación distintos, bajo la inspiración de la ideología socialista.

Para comprender el sistema procedimental administrativo de los países socialistas es necesario hacer algunas consideraciones previas en cuanto a la concepción del derecho de estos países.

La ideología socialista cumple una función esencial, en primer lugar porque tiene una consideración de ciencia y no de ideología; en segundo lugar, porque las estructuras económicas socialistas han sido construidas a partir de la ideología, mientras que en los países capitalistas ha sucedido lo contrario (27).

(27) MAURICE DUVERGER: "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional", 5ª ed., trad. castellana, Ediciones Ariel, 1970, págs. 388 y ss. Al hablar de ideología socialista nos referimos al Marxismo o Socialismo Científico.

La interpretación marxista de la Historia se basa en la consideración económica de las sociedades. La causa de las desigualdades y de la explotación de los hombres estaría en la apropiación privada y la explotación económica que origina la lucha de clases, verdadero motor de la historia. Para liberar al hombre de las enajenaciones a que está sometido, es precisa la socialización de los medios de producción.

El derecho está concebido como una superestructura, determinada por la infraestructura económica. La concepción del Derecho está íntimamente ligada a la teoría del Estado y del Poder político. Pero el Estado y el Poder político deben ser considerados desde

En la concepción socialista del derecho, tiene una gran importancia el principio de la legalidad socialista, o legalidad revolucionaria, caracterizado por:

- a) el orden jurídico es muy amplio, pues abarca, además de las normas jurídicas, las instrucciones de los ministros, de los jefes competentes de ramas autónomas de la Administración, desiciones de los soviets locales, etc.
- b) el carácter positivo y real de toda actividad de los órganos; de aquí que el control administrativo verse no sólo sobre el aspecto formal, sino sobre el material de la eficacia.
- c) la igualdad de todos ante el orden jurídico, y, como consecuencia de esa igualdad, aparece la unidad de control.
- d) la existencia de garantías legales de los derechos e intereses de los ciudadanos, previstos en el ordenamiento jurídico (28).

El procedimiento administrativo de los países socialistas es distinto al procedimiento administrativo del sistema capitalista, pues en este sistema existe "une lutte permanente entre deux forces adverses, l'administration et le particulier qu'il faudrait défendre

una perspectiva dinámica y pueden distinguirse tres fases distintas:

- 1º. El Estado como instrumento de dominación de clase.
- 2º. El Estado como medio de construcción del socialismo.
- 3º. La extinción del Estado.

En la etapa de construcción del socialismo el derecho actúa como un instrumento para la construcción de la sociedad comunista (ver GARRIDO FALLA: "Tratado...", T. 1º, págs. 103 y ss). La Administración desempeña unas tareas considerables en la edificación del socialismo, y -como dice GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", T. 1º, pág. 434, al referirse a Rusia- "La administración soviética está dominada por la idea de la eficacia. Subordinada a los principios políticos, todo su mecanismo está ordenado a la realización de los fines de la dictadura del proletariado; los otros fines no importan".

(28) GONZALEZ PEREZ : op. cit., págs. 435 y s.

contre les risques d'arbitraire administratif" (29). En el sistema socialista, en cambio, los antagonismos desaparecen al desaparecer la propiedad privada de los instrumentos de producción y los trabajadores toman el poder, instaurando una fase transitoria de gobierno, "la dictadura del proletariado" (30).

Durante esta etapa no existen más tensiones entre administración y administrados, sino una tarea de colaboración para la prosecución de una obra común, como consecuencia de la aplicación del "principio de la participación de las masas populares en la gestión de asuntos públicos", y -como dice Jadwiga Castagné- "Dans une démocratie populaire cet antagonisme ne doit plus exister en principe, l'administration étant, aussi bien que les individus, serviteur du bien social" (31).

(29) ISAAC: op. cit., pág. 117. Una vista de conjunto del estado de los estudios administrativos en los países socialistas en LANGROD: "La Renaissance de la Science Administrative en URSS et dans les Démocraties Populaires", R. I. S. A., 1963, nº1, págs. 22 a 29.

(30) DUVERGER: op. cit., págs. 408 y ss. Señala la relación existente entre la "teoría jacobina del terror revolucionario" y la "dictadura del proletariado", teniendo ésta última un carácter pedagógico, puesto que pretende orientar a los ciudadanos en el camino del socialismo. GARCIA-TREVIJANO: op. cit., págs. 378 y ss.

(31) JADWIGA CASTAGNE: "Les défenseurs de l'intérêt social dans la procédure administrative non contentieuse de la République Populaire de Pologne", pág. 179. En el mismo sentido, ISAAC -op. cit., pág. 118- dice que el procedimiento administrativo en los países socialistas sirve "à la fois à protéger les droits subjectifs et à sauvegarder le droit objectif". Es interesante la observación de LANGROD: "il est symptomatique et instructif de constater qu'au moment même où les pays occidentaux comprennent de mieux en mieux le bien fondé de cette innovation et en tirent les conséquences théoriques, sinon pratiques, les régimes communistes la maintiennent ou la créent ab nihilo" (pág. 534). Un caso de creación sería Hungría, 1957. LANGROD: "La codification de la procédure administrative non contentieuse en Pologne", Rev. Ad., nº77, 1960, págs. 533 y ss.

Socialización de los participantes al procedimiento. - Contrariamente al orden burgués, la realización del orden público objetivo no se realiza únicamente por la defensa de cada uno de sus derecho. El régimen socialista se caracteriza, más bien, por la substitución de interés social, y la noción de interés público. Este interés se encuentra protegido por diversos organismos sociales, por el ministerio público y por las iniciativas individuales en carácter de acción popular.

La Prokuratura. - La Prokuratura soviética es la institución encargada de controlar la legalidad socialista en la URSS. La fiscalía o procuraduría -prokuratura- depende del Soviet Supremo, electo por un período de 7 años. Su base legal se encuentra en el artículo 113 de la Constitución de la URSS de 1936, detallada por el decreto de 24 de mayo de 1955.

La Prokuratura asegura la aplicación uniforme de las leyes en todo el país, bajo el control del partido, frente a las posibles resistencias locales y burocráticas. Asegura la defensa de la legalidad desde un punto de vista colectivo, e indirectamente, los intereses de los particulares. Aunque guarda esta institución cierta relación con el "ombudsman" de algunas democracias liberales, al moverse en un terreno común -la defensa de los ciudadanos- las funciones de la Prokuratura son mucho más amplias (32).

Los procuradores pueden actuar bien por iniciativa propia, bien en virtud de las denuncias de los particulares. Es importante se-

(32) Ver JADWIGA CASTAGNE: op. cit. BOQUERA OLIVER: "Derecho Administrativo y Socialización", págs. 115 y ss. GARRIDO FALLA: "Tratado...", T. 1º, págs. 106 y ss. DUVERGER: op. cit., págs. 437 y s. GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", T. 1º, págs. 438 y ss. HENRY PUGET: op. cit., págs. 261 y s. LAUBADERE: op. cit., págs. 229 y s. WALINE: "Précis de Droit Administratif", págs. 516 y s.

ñalar que los particulares no interponen recursos sino meras denuncias.

Cuando se descubre una ilegalidad, la Prokuratura puede tomar una serie de medidas: a) dirigir una orden a la autoridad que ha cometido la infracción, pidiéndole que adopte las medidas necesarias para el restablecimiento de la legalidad; b) hacer recomendaciones en evitación de posibles repeticiones; c) imponer sanciones gubernativas; d) si hay que imponer penas, se limita a denunciar los actos delictivos a los tribunales de lo criminal. Las órdenes o recomendaciones de la Prokuratura, cuando son contrarias a la ley, pueden ser anuladas, a su vez, por el Soviet Supremo.

Esta figura soviética ha influenciado otros países, como Polonia con la ley de julio de 1950, consagrada después por la Constitución de 1952; República Democrática Alemana por el artículo 97 de la Constitución de Abril de 1968, etc.

Socialización del campo de aplicación del procedimiento administrativo. - El procedimiento administrativo comprende un campo muy amplio, y la socialización introduce un número considerable de organismos administrativos para su regulación. Así comprende, además de la administración del Estado, las empresas del Estado, organizaciones, profesionales, cooperativas, etc.

En el procedimiento administrativo de los países socialistas, la participación de los administrados es muy importante: intervienen no sólo para la defensa de sus derechos, sino para asegurar también, de esta manera, la protección del interés social.

La colaboración, noción fundamental de las instituciones del procedimiento administrativo. - Tal y como señala Isaac, la codificación de los países socialistas presenta una reglamentación

muy detallada de los derechos procedimentales de que disponen las partes; pero su aporte esencial reside en la organización de la colaboración entre la Administración y los administrados. Esta colaboración no tiende únicamente luchar contra la burocracia, sino que se inserta en una óptica pedagógica, buscando estimular la confianza en el poder.

Sí por una parte esta codificación presenta ventajas y aciertos considerables, tales como la colaboración de los administrados respecto a la actividad de la Administración, posee algunos inconvenientes, al no existir un verdadero control jurisdiccional que no logra -ni en su objeto-, el procedimiento administrativo "Perd la plus grande partie de sa valeur et de son intérêt pratique quand il n'existe pas, concurremment, un contrôle juridictionnel efficace" (33).

5.7. Polonia. - Después de la primera ley de 1928, Polonia se da un Código de Procedimiento Administrativo el 14 de junio de 1960, que entra en vigor el 1º de enero de 1961. Esta ley consta de 196 artículos divididos en 6 títulos:

Título I : "Disposiciones Generales": 9 capítulos, artículos 1 a 56.

Título II : "Procedimiento": 12 capítulos, artículos 57 a 142.

Título III : "Participación del Procurador": 1 capítulo, artículos 143 a 150.

Título IV : "Quejas y Mociones": 4 capítulos, artículos 151 a 179.

Título V : "Impuestos y Gastos del Procedimiento": 1 capítulo, artículos 180 a 186.

Título VI : Disposiciones introductorias y finales: 1 capítulo, artículos 187 a 196.

Al construirse el nuevo orden socialista, el procedimiento ad-

(33) ISAAC: op. cit., pág. 124.

ministrativo sirve como instrumento para garantizar la "legalidad popular" y tiene un carácter pedagógico y educativo (como ha sido señalado antes). La ley de 1928 había quedado desfazada por razones históricas, y para conciliar las instituciones con el nuevo orden se estudió ampliamente un proyecto, suficientemente consultado luego a todos los sectores de opinión pública: cátedras, sindicatos, etc.

Otra diferencia que cabe señalar con la ley de 1928 es que la Administración anterior era tradicional y jerárquica, en tanto que la de 1960 implica la regla de la doble subordinación: la Administración central y otros organismos (ej.: los consejos populares).

Carácteres. -

- a) El Código de Procedimiento es externo, se aplica al exterior.
Al regular las relaciones entre Administración y administrados, y no las relaciones interiores, es necesaria la concurrencia de dos sujetos independientes.
- b) Es aplicable a los órganos de la administración del Estado, pero puede aplicarse a otros organismos no estrictamente administrativos (ej: empresas del Estado, cooperativas, órdenes profesionales).
- c) No se aplica a ciertos órganos del poder del Estado, por ejemplo al Poder legislativo.
- d) Se aplica a los asuntos individuales de la Administración. No se aplica a los actos generales y abstractos, ni a la administración militar, procedimientos disciplinarios, órganos diplomáticos, etc.

Principios generales. - Consagra, entre otros:

- a) El principio de la legalidad; artículo 4º.
- b) El principio de salvaguarda tanto del interés social como de los intereses legítimos de los ciudadanos. En caso de conflicto

to, prima el interés social.

- c) El principio de aproximación entre Administración y administrado, opuesto a la acción secreta del anterior actuar administrativo; para ello existen técnicas psicológicas y de relaciones públicas. Así: 1) los órganos administrativos deben acrecentar la confianza de los ciudadanos; 2) se consagra el derecho de los particulares a ser informados de sus derechos y de los hechos, pruebas, etc. Se manifiestan por el principio audi alteram partem.
- d) El principio de celeridad.
- e) La estabilidad de la decisión: el procedimiento ha de ser escrito, salvo excepciones.
- f) Se utiliza el término Parte, pues, dicen, tiene importancia no sólo en el proceso judicial, sino también en el administrativo.

El procedimiento puede iniciarse de oficio o a petición de los particulares; pueden hacerse representar por un mandatario de su escogencia; las decisiones deben ser motivadas; se consagran con amplitud varias normas relativas a los recursos administrativos, y los casos en los cuales se pueden modificar las decisiones.

Langrod señala que la Doctrina polaca es favorable a la restitción del control jurisdiccional como medio de control de la legalidad, e igual criterio se sostiene en la Facultad de Derecho de Varsovia (ej.: los profesores Starosciak, Stilmachowski, etc.) (34).

La legalidad socialista. - Está asegurada por la figura del procurador, existiendo además otros medios: intervención de las organizaciones sociales y un sistema muy completo de quejas y mociones (35).

(34) LANGROD: op. cit., pág. 543.

(35) JADWIGA CASTAGNE: op. cit. LANGROD: op. cit. BOQUERA OLIVER: op. cit., pág. 25.

5.8. Checoslovaquia. - Después de la toma del poder por el partido comunista en febrero de 1948, Checoslovaquia se da una nueva Constitución de carácter socialista. El 11 de julio de 1960 se consagra en la nueva Constitución el establecimiento del socialismo, como fase transitoria hacia la sociedad comunista.

Carácteres de la Administración. - La Administración checoslovaca comprende: la Administración Central del Estado, la Administración Local y el Consejo Nacional Eslovaco, éste último se explica dadas las condiciones particulares de esta región, consagrándose así la convivencia de las dos naciones en un mismo Estado, los Checos y los Eslovacos.

LA Constitución consagra en su artículo 18 el principio del "centralismo democrático", que instituye la conjugación de los intereses del pueblo y del Estado. Dice Jiri Hromada: "En el marco de este principio se desarrolla el proceso de continua intensificación de la democracia social en la evolución de la reglamentación legal y de la actividad de la administración estatal " (36).

Se han instituido varios Comités Nacionales, de Región, de Distrito, y de Municipios, etc. para la mejor defensa de sus intereses.

Existe, además, una regulación del procedimiento administrativo checoslovaco que data del 24 de junio de 1960, y de ella dice Courbe Nicole: "...el código checoslovaco de procedimiento administrativo admite la posibilidad de un control "a priori" y tam

(36) JIRI HROMADA: "Perspectivas del Desarrollo del Derecho Administrativo y de la Administración Estatal en la República Socialista Checoslovaca", Perspectivas, T. IV, nº 109, pág. 322. Sobre el centralismo democrático, ver H. PUGET: op. cit., págs. 65 y ss.

bién de un control "a posteriori" de los actos administrativos"(37). El procedimiento no opone al particular con la Administración, aún cuando se plantea un recurso.

La iniciativa del procedimiento corresponde tanto al particular como los comités existentes. Los particulares tienen acceso al expediente, pueden presentar pruebas, y se establece un plazo para que la Administración resuelva los casos que le son presentados. La decisión se toma por escrito, debiendo indicar las posibilidades y formas de hacer la apelación; la notificación se hace personalmente a los administrados, si no, puede publicarse.

Existe además un amplio sistema de recursos y se plantean ante el mismo órgano que tomó la decisión.

Posteriormente se dictó una nueva ley de procedimiento administrativo del 29 de junio de 1967, que reemplaza a la ordenanza gubernamental nº 91 de 1960 y a la ley de procedimiento administrativo del 22 de marzo de 1955. La ley de 1967, que entró en vigor el primero de enero de 1968, toma y adopta las disposiciones procedimentales anteriores: principio de la legalidad, cooperación, urgencia y simplicidad de la acción administrativa.

5.9. Yugoeslavia. - La primera ley de 1930, promulgada bajo la influencia austriaca, fue abolida con la introducción del régimen socialista, aunque continuó aplicándose dentro de un espíritu nuevo y a título provisorio. El 8 de diciembre de 1956 se promulgó una nueva ley, en vigor desde el 20 de abril de 1957. Esta codificación fue anunciada por el artículo 44, párrafo 2º de la

(37) COURBE NICOLE: "Control de la Legalidad de los Actos Administrativos en Checoslovaquia", R.A.P., nº 50, 1966, pág. 301. Ver BOQUERA OLIVER: op. cit., pág. 325.

Constitución Federal del 31 de enero de 1946.

La ley contenía 303 artículos divididos en 5 secciones. Estaba caracterizada porque no se aplicaba ni a los contratos en general, ni a las operaciones administrativas que relevan del derecho privado, ni a los actos materiales que no entraban en el cuadro de la ejecución inmediata de decisiones concretas e individuales a efectos jurídicos (38).

La tercera Constitución yugoeslava de 1963 dedica al principio de la legalidad el capítulo VII (artículos 145 a 159); pero su formulación más general se encuentra en el artículo 84 y en algunas otras disposiciones constitucionales (39). El principio de la legalidad, junto con el de la igualdad y de la paridad del derecho del ciudadano frente a la ley, significa que los órganos ejecutivos y administrativos deben atenerse a esas disposiciones; de aquí que el procedimiento administrativo sea un medio de la legalidad.

Nuevo Código de Procedimiento Administrativo Yugoslavo. -

La nueva ley "ZUP", emanada en marzo de 1965, entró en vigor el 9 de abril de ese mismo año. Su característica general más importante es que contribuye a una cierta mejora de la posición de la parte y da mayor agilidad al procedimiento.

(38) G. LANGROD: "La Nouvelle Loi Yougoslave sur la Procédure Administrative Non Contentieuse", *Revue Administrative*, 1957, págs. 631 y ss. Aunque este artículo se refiere a la ley anterior, haremos algunas alusiones en este trabajo, dadas sus características.

(39) NIKOLA STJEPANOVIC: "Principi Fondamentali della Procedura Amministrativa in Yugoslavia", *Perspectives...*, T.V., págs. 619 a 638. Dice del principio de la legalidad: "Il principio della legalità afferma in sostanza il governo del diritto, il dovere di tutti gli organi pubblici - nonché dei cittadini e delle organizzazioni - di svolgere le loro mansioni ed emanare gli atti di loro competenza di sensi e nello spirito della Costituzione e delle leggi non solo per quanto attiene alle disposizioni materiali, ma anche alle norme di procedura" (pág. 623).

Contenido de la "ZUP". - La ley contiene 298 artículos agrupados en 20 capítulos, enumera las partes que intervienen, principios generales, etc. Es sumamente amplia, lo que hace decir a Nikola Stjepanovic: "La legge Yugoslava sulla procedura amministrativa generale rappresenta oggi senz'altro la codificazione più conglobante di questo genere nel mondo, più amplia e più completa della poche codificazioni per ora esistenti negli altri paesi (Austria, Cecoslovacchia, Polonia, Stati Uniti d'America, Spagna, Ungheria) e adottate sia prima che dopo la "ZUP" Yugoslava"(40).

Alcance de la ley. - Obliga a los órganos de la Administración estatal y demás órganos administrativos, a las organizaciones de trabajo y demás organizaciones. Excluye: los actos materiales, los contratos y otras prácticas de derecho civil, y las disposiciones y actos jurídicos de carácter general.

La ley yugoeslava es una ley federal; su aplicación no requiere ni admite la promulgación de leyes complementarias por parte de las repúblicas. Se admite, sin embargo, la existencia de normas especiales sobre determinadas ramas administrativas (ley sobre las contribuciones e impuestos de los ciudadanos).

Principios fundamentales. - La ley yugoeslava establece como principios fundamentales:

- 1º- El principio de la legalidad (art. 4º "ZUP")
- 2º- Principio de la verdad material (art. 6º "ZUP"), relacionado con el principio contradictorio.
- 3º- Principio de la libre valorización de las pruebas (art. 8º, "ZUP").
- 4º- Principio de audiencia de las partes interesadas (art. 7º "ZUP" y 156 de la Constitución).
- 5º- Principio de la defensa de los derechos del ciudadano y la

(40) NIKOLA STJEPANOVIC: op. cit., págs. 625 a 626.

- tutela del interés público (art. 5º "ZUP").
- 6º- Principio de la independencia del órgano deliberante (art. 9º "ZUP").
- 7º- Principio del derecho al recurso (art. 10º "ZUP" y 156 de la Constitución).
- 8º- Principio de la estabilidad jurídica de las decisiones (art. 11 "ZUP").
- 9º- Principio de la economía (art. 12 "ZUP"); se establece que la aplicación de este principio no debe dañar al principio de la verdad material.

Asistencia a las partes. - Queda establecido que los órganos de la Administración tienen el deber de suplir las deficiencias e ignorancias de los ciudadanos, y no deben ser rechazadas las demandas incompletas e incomprensibles, sino que debe convocarse a los particulares para que suplan esas lagunas en un plazo determinado.

Uso de la propia lengua. - Se establece: 1º) la parte que participa en un procedimiento que no conozca la lengua puede expresarse en la suya propia; 2º) tiene el derecho de seguir el desarrollo de los trámites con ayuda de un interprete.

• La Parte como sujeto del procedimiento. - Este vendría a ser el principio fundamental de la codificación. "Sono espressione e la confermazione della posizioni percui la parte non è, neanche nel procedimento amministrativo, un oggetto, ma un soggetto del procedimento con diritti processuali" (41).

(41) NIKOLA STJEPANOVIC: op. cit., pág. 637.

5.10. Bulgaria. - La ley bulgara del 24 de junio de 1970 es el resultado de una preparación minuciosa: ampliar los límites económicos, políticos, jurídicos, así como la protección de los derechos y de las libertades cívicas. Persigue acelerar las acciones administrativas y la participación de los particulares en el procedimiento.

La ley consta de 75 artículos agrupados en 5 capítulos: aplicación de la ley, procedimiento de emisión de los actos administrativos, recursos, ejecución de los actos, disposiciones generales, penales y finales,

Ámbito de aplicación. - La ley se refiere a los actos administrativos individuales de los ministros, comités ejecutivos de los consejos populares, gerentes de uniones económicas del Estado, establecimientos, instituciones y organizaciones públicas. No se aplica a los actos del Presidium, Asamblea Nacional, Consejo de Ministros.

Principios fundamentales. -

- a) Principio de la legalidad.
- b) Principio de la graduación de medios.
- c) Principio de la finalidad de la acción discrecional en relación con el objetivo perseguido por la ley.
- d) Principio concerniente al respeto de la competencia.
- e) Principio de la celeridad.
- f) Principio de la participación de los administrados en el procedimiento; se consagra el "audi alteram partem".

Se establece la imparcialidad del procedimiento, que puede lograrse bien sea por excusa o mediante recusación.

El acto se dicta por escrito; contiene una exposición de motivos, de hechos y de bases legales, salvo aquellos actos que re-

quieren una ejecución inmediata. La ley establece, además, una serie de recursos administrativos. Una particularidad de la ley búlgara es la posibilidad de un control jurisdiccional posterior, lo que es verdaderamente excepcional en los países socialistas. "On a même prétendu longtemps qu'une telle ingérence à posteriori de la justice dans l'action administrative est contraire aux principes admis dans ces régimes (modèle polonais)" (42).

(42) LANGROD : "La Codificación des Procédures Administratives (non contentieuses et contentieuses) en Bulgarie", Revue Administrative, nº 142, pág. 464.

CAPITULO IV

FUENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. INTRODUCCION

El estudio de las fuentes del procedimiento administrativo es más bien objeto del derecho procedimental administrativo, o, en su caso, de la teoría general del Derecho Administrativo. Estimamos sin embargo, que para la mejor comprensión y conocimiento del procedimiento administrativo, este tema debe ser brevemente abordado aquí.

Su justificación se encuentra en el interés e importancia que tiene para el jurista tanto el saber cómo se producen las normas jurídicas en un ordenamiento concreto, como el conocer el contenido de esas normas jurídicas, para distinguir las normas aplicables de aquellas que no lo son, además del contenido de estas normas dentro de un sistema de derecho. Asimismo, este conocimiento tiene una especial relevancia para el administrador encargado de conformar su actuación con el derecho existente, para que sus actuaciones sean válidas y eficaces. Por último, presenta interés para el simple administrado, pues le permite hacer valer sus derechos e intereses ante los organismos competentes, ya que a la larga será el sujeto que se beneficiará o sufrirá las medidas admi-

nistrativas.

Cada país tiene su propio sistema de fuentes, aunque es posible reconocer grandes unidades de sistemas jurídicos, como sería, de una parte, la primacía concedida a la fuente "ley" en los países del continente europeo y en los países que en él se han inspirado, como es el caso de Nicaragua. El derecho inglés, en cambio y el de los países que han seguido su tradición, han concedido especial importancia a la costumbre y a las sentencias de los tribunales. En todo caso, hay que tener presente que las fuentes jurídicas están íntimamente ligadas a múltiples factores políticos, sociológicos, ideológicos, y, sobre todo, económicos, de los cuales el sistema jurídico no viene a ser más que la resultante. El problema de las fuentes tiene una importancia considerable pues "Según triunfe en la elaboración del Derecho positivo, lo consuetudinario, la acción del juez o la regla escrita emanada de la autoridad pública, se llega a estructuras jurídicas tan diferentes como el derecho del ancien régime francés, la common law británica o el régimen del código civil napoleónico" (1).

2. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Antes de continuar, es conveniente referirnos a las fuentes del Derecho Administrativo, es decir a las formas o actos por los cuales el Derecho Administrativo se manifiesta en su vigencia.

(1) JEAN RIVERO: "Los Principios Generales del Derecho Administrativo Francés Contemporáneo". R. A. P. nº6, 1951, pág. 289.

Las fuentes del Derecho Administrativo se refieren a los actos y hechos de producción normativa, quedando excluidos por consiguiente: 1) los hechos o actos que crean o disciplinan situaciones jurídicas concretas; 2) las llamadas fuentes de conocimiento que no producen disposiciones jurídicas, pero que sirven para conocer su existencia; 3) los actos individuales que aparecen como resultado de la producción normativa en que consiste la propia fuente.

Puede pensarse, y con cierta razón, que esta problemática pertenece más bien al estudio de la teoría general del derecho o del derecho constitucional, sin embargo existen ciertos aspectos que tienen su sede propia en el derecho administrativo, y los cultivadores de esta rama del derecho suelen incluir en sus obras referencias concretas al tema que nos ocupa.

Por otra parte, hemos estimado conveniente estudiar el tema de las fuentes del procedimiento administrativo en relación a las fuentes del derecho administrativo, y éste es el plan que nos proponemos seguir en el presente capítulo.

3. CLASIFICACION

Normalmente cada autor suele proponer su propia clasificación, resultando así una variedad y multiplicidad de clasificaciones, las que -las más de las veces- están en relación con: a) el propio ordenamiento jurídico que se analiza, b) el enfoque o método utilizado, y c) el prisma personal del autor.

El profesor Garrido Falla considera que hay fuentes que por su procedencia son para la administración (la ley), y otras que son de la administración (los reglamentos). Desde el punto de vista

de la materia regulada hay fuentes exclusivas del derecho administrativo (los reglamentos), y fuentes eventuales de ese derecho (la ley), pues un ordenamiento jurídico no solamente está compuesto de leyes administrativas, sino que existen también leyes civiles, mercantiles, etc. En la enumeración de fuentes que hace el profesor Garrido, considera:

1. - fuentes directas

- a) fuentes escritas: ley (constitucional y ordinaria), reglamentos estatales, y reglamentos dictados por corporaciones públicas.
- b) fuentes no escritas: costumbre y principios generales del derecho.

2. - fuentes indirectas: los tratados internacionales y la jurisprudencia. (2)

Entre los autores de lengua francesa, Guy Braibant considera específicamente que las fuentes de la legalidad pueden ser 1) de carácter normativo, y 2) de carácter individual. Las primeras se descomponen en dos subgrupos: a) de derecho escrito (constitución, tratados internacionales, leyes y reglamentos administrativos) y b) principios generales. Las segundas, las fuentes de carácter individual de la legalidad, son: a) las decisiones administrativas y b) las decisiones jurisdiccionales (3).

(2) FERNANDO GARRIDO FALLA: "Tratado de Derecho Administrativo", T. 1º, Págs. 227 y ss. El profesor GARCIA TREVIJANO - en "Tratado de Derecho Administrativo", T 1º- dedica el capítulo VII a un interesante estudio acerca de la creación del ordenamiento jurídico administrativo. Formula una distinción entre fuente y norma, señala que "Fuente en sus dos acepciones de órganos de producción y de medios de producción es un concepto distinto de norma; la fuente es un concepto estático, la norma es un concepto dinámico" Pág. 204.

(3) GUY BRAIBANT: "Le Droit Administratif Français", fascículo 2º, Págs. 308 y ss., cours polycopiés, París. 1972. Ver

Entre los autores latinoamericanos, Brewer Carías habla de:
a) fuentes escritas, b) fuentes no escritas, y c) fuentes de carácter particular. (4).

Después de estos ejemplos de la variedad de criterios de clasificación existentes, es preciso establecer, en líneas generales, las fuentes del derecho administrativo y su aplicación en el ámbito del procedimiento administrativo. Antes quizás sea conveniente anotar dos puntos que tienen gran importancia: la enumeración de las fuentes, y el orden jurídico existentes entre ellas, Pero estos puntos los estableceremos de cara al Derecho Nicaragüense.

4. LA LEY EN SENTIDO GENERAL O AMPLIO

Es una fuente de derecho escrito y está considerada unánimemente por los autores como la principal y la más importante de las fuentes. Viene a ser la más destacada de la exteriorización de la voluntad

JACQUES DEMBOUR: "Droit Administratif", Lieja, 1970 Pág 29 y ss.—quien distingue entre fuentes formales y fuentes sociológicas.
CHARLES DEBBASCH: "Droit Administratif", París, 1971, Pág. 365 y ss. MARCEL WALLINE: "Précis de Droit Administratif", París, 1969, Pág. 95 y ss. Ver también RENATO ALESSI: "Instituciones de Derecho Administrativo", Barcelona, 1970, T 1º, Pág. 26 y ss. ZANOBINI: "Curso de Derecho Administrativo" T 1º, Pág. 78 y ss. GUY ISAAC: "La Procédure Administrative non Contentieuse". Pág. 250 y ss. ANDRE DE LAUBADERE : "Traité Elementaire de Droit Administratif". T 1º, 5ª edic. París, 1970, Pág. 213 y ss.

(4) ALLAN R. BREWER CARIAS: "Las instituciones fundamentales de Derecho Administrativo.", Pág. 36 y ss. Entre los autores latinoamericanos se observa el mismo fenómeno, ya apuntado, de la variedad de criterios. Ver p. ej. HERNANDEZ RON J.M. "Tratado elemental de Derecho Administrativo", Caracas, Vol 1º, Pág. 56. AGUSTIN GORDILLO: "Introducción al Derecho Administrativo". 2ª edic. Buenos Aires, 1966. BARTOLOME FIORINI: "Manual de Derecho Administrativo", T 1º, Pág. 61 y ss., Buenos Aires, 1968.

general y, como señala el artículo quinto de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, " la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por sus representantes en su formación".

Dentro de este concepto de ley es preciso incluir las leyes constitucionales, que son las que gozan de un más alto rango formal, situadas en la cúspide de la legalidad existente. En la Constitución se consagran las líneas generales y los grandes principios de la organización del Estado, la división de poderes y las relaciones que estos guardan entre sí, y además una serie de principios que encuentran cabida en el procedimiento administrativo y a los cuales debe ajustarse. (5). Estos principios se encuentran protegidos y garantizados por la misma Constitución nicaragüense. Al producirse violaciones a las garantías constitucionales, los actos violatorios pueden ser impugnados ante la Corte Suprema de Justicia mediante el "juicio de amparo".

Por otra parte, la Constitución nicaragüense establece una serie de principios aplicables al derecho en general y al procedimiento administrativo en particular, p. ej. el artículo 36 C.N. establece la igualdad ante la ley de todos los nicaragüenses, el artículo 38 C.N.

(5) LUIS SANCHEZ AGESTA: "Principios de teoría política", tercera edic. Madrid, 1970 señala que "La Constitución es, ante todo, Derecho y Derecho es el núcleo central de su estructura" (Pág. 306), por otra parte dice "La Constitución, como Derecho, regula y, en cierta manera, garantiza la libertad, su ejercicio y sus límites" (Pág. 302) de lo cual se infiere el carácter de su fuente que tiene para el procedimiento administrativo, y de fuente del más alto rango. Sobre el concepto de Constitución, sus caracteres, y la relación que guarda con el derecho, op. cit. Pág 289 y ss. ZANOBINI: Op. cit. Pág. 82 y ss. A. GORDILLO: Op. cit. Pág. 172 y ss. FIORINI B: Op. cit. Pág. 65. GARCIA-TREVIJANO: Op. cit. Pág. 235 y ss.

garantiza la libertad individual, el artículo 43 C.N. señala que todo proceso debe ser público, el artículo 49 C.N. proclama el derecho de defensa, el artículo 123 C.N. señala que ninguna ley tiene efecto retroactivo, el artículo 195 C.N. , inciso 22, establece la potestad del poder ejecutivo para dictar reglamentos., etc.

La supremacía de la ley constitucional está consagrada en el artículo 324 C.N. : "La Constitución es la ley suprema de la República, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones, pactos o tratados que se opusieren a ella o alteraren de cualquier modo sus prescripciones".

5. LA LEY

Aquí entendemos el concepto de ley en sentido estricto, es decir los actos dictados formalmente por el poder legislativo. Estos actos, además, debe de reunir los caracteres de generalidad y permanencia. Esta es la ley ordinaria, que jerárquicamente está sometida a la ley constitucional.

En el Derecho Administrativo, se distingue entre normas de relación y normas de organización o acción administrativa; en ambos tipos existen preceptos atinentes al procedimiento administrativo. Mientras en el Estado liberal abstencionista predominan las normas de relación, el intervencionismo creciente se refleja en el aumento de las normas de acción que se dictan para la tutela del interés público. (6).

(6) GARRIDO FALLA: "La Administración y la Ley" R. A. P. nº6 Págs. 125 a 142.

Para que una ley pueda ser considerada como administrativa se exige: 1º) que sus preceptos tengan carácter imperativo (*ius cogens*) y, por tanto, no dispositivo; 2º) que la ejecución de tal ley aparezca encomendada precisamente a un organismo dependiente de la Administración pública. (7).

En Nicaragua, para que la ley sea considerada como tal, debe reunir ciertos requisitos de fondo y de forma. La Constitución regula el procedimiento de formación de leyes en el Título V. Una vez formada y para que sea tenida como obligatoria, la ley debe ser promulgada; el capítulo 1º del Título preliminar del Código Civil se refiere a la "promulgación de la ley". (8). Por otra parte,

(7) GARRIDO FALLA: "Tratado ..." T 1º, Pág. 252. LAUBADERE: Op. cit., Pág. 213, dice "Au premier rang des sources écrites se trouvent les lois formelles votées par le Parlement et les règlements édictés par les autorités administratives dans les limites de leur compétence." GARCIA-TREVIJANO, J. A.: en Op. cit. Pág. 238, al referirse a la ley administrativa dice: "Es Derecho Administrativo toda norma o principio referible a la Administración Pública, sea cual sea el cuerpo legal en que se contenga".

(8) Dice así este capítulo:

I. "La ley no obliga sino en virtud de su formal promulgación y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella.

La publicación deberá hacerse en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termina la inserción". Se publica en "La Gaceta", diario oficial.

II. "Promulgada la ley en el periódico oficial, se entenderá que es conocida de todos los habitantes de la República, y se tendrá como obligatoria después de treinta días contados desde la fecha de su publicación.

Podrá restringirse o ampliarse en la ley misma el plano de que habla este artículo. Podrá también ordenarse en ella, en casos especiales, otra forma de promulgación".

III. "No podrá alegarse ignorancia de la ley, por ninguna persona, después del plazo común o especial, sino cuando por algún accidente hayan estando interrumpidas, durante dicho plazo, las comunicaciones ordinarias."

en la Consulta, que emitió el 29 de abril de 1927 -B. J. 5942-, la Corte Suprema de Justicia señaló las condiciones inherentes a una ley: "justicia, generalidad, permanencia y obligatoriedad". Además, como dice el tratadista nicaragüense Idelfonso Palma Martínez, "El contenido de la ley o sea el fondo de la misma no debe de ir contra las normas constitucionales ni contra los principios de la justicia para que pueda ser considerada como la expresión de la voluntad soberana". (9).

En los países en los cuales existen leyes de procedimiento administrativo, estas codificaciones constituyen la fuente más importante. Pero en países en los cuales no existe tal codificación, como es el caso de Nicaragua, las disposiciones legales referentes al procedimiento administrativo hay que buscarlas entre las diferentes leyes administrativas existentes, (la ley general sobre explotación de riquezas naturales del 20 de marzo de 1958, la ley sobre la industria eléctrica del 1º de abril de 1957, etc.).

5.1. Origen Social de la Ley. - La ley encuentra su origen social en los diferentes estadios de la evolución humana, bien sea en el capricho del soberano como lo fue p. ej. en la época de los emperadores más absolutos de Roma, o bien en la costumbre, en la repetición inveterada de alguna práctica en la sociedad.

Actualmente la ley viene a ser, más bien, el resultado de una transacción entre los diferentes grupos de poder existentes en una sociedad, encontrándose en relación directa con el desarrollo existente. Cuanto más desarrollada y democratizada es una sociedad, mayores serán las posibilidades reales de participación de los ciudadanos comunes y corrientes en la elaboración de las leyes, siquie-

(9) ILDEFONSO PALMA MARTINEZ: "Derecho Administrativo", Managua 1947, Pág. 210

ra sea a través de la distante y esporádica participación de los ciudadanos en las elecciones de legisladores. Pareciera, sin embargo, que las posibilidades reales de participación ciudadana se dan más efectivamente a través de los sindicatos y otras agrupaciones sociales, que en la tradicional y aislada participación electoral, esta respondería más bien a la clásica concepción burguesa individualista, que permite la predominancia de los sectores capitalistas en el ejercicio del poder.

5.2. Ley y Reforma Social. - Al plantearse las reformas sociales, económicas y políticas como exigencias de nuestros tiempos, para hacer frente a los problemas complejos que la vida moderna plantea -sobre todo en los países en el tercer mundo- cabe preguntarse cuál es el papel que la ley puede jugar en un momento dado de transformación social.

Se ha venido sosteniendo que el derecho responde a una concepción de clase, y que sirve para afirmar y proteger los intereses de la clase dominante; es decir que el derecho es un instrumento conservador en un momento de cambio. Esta afirmación, desde luego, encierra un contenido de verdad innegable. Sin embargo, el derecho, en determinadas circunstancias, puede desempeñar un papel considerable para coadyuvar a un proceso de reformas sociales; se afirma que "En el mundo moderno y cada vez con más intensidad, la ley es también el instrumento principal de reforma social, el medio básico por el que el Estado interviene en forma autoritaria para transformar situaciones o realidades que estima inadecuadas"(10). Pero el derecho en sí mismo y por sí mismo no puede transformar una realidad social determinada. El derecho es un instrumento que debe aplicarse junto a otros, y las más de las veces actúa como

(10) ANGEL LATORRE: "Introducción al Derecho", Pág. 68.

cauce de esos otros instrumentos de transformación. Desde este punto de vista, el derecho aparece entonces como un instrumento de transformación y "En las fases revolucionarias, la legislación es sobre todo, un instrumento para transformar las estructuras sociales, políticas y económicas". (11).

Desde esta perspectiva creemos que el procedimiento administrativo, al estar adecuadamente reglado y normado, vendría a ser un instrumento legal de transformación administrativa, que podría coadyuvar a la buena marcha de un proceso de transformación social.

5. 3. La Reserva de la Ley. - Según ciertas disposiciones constitucionales, determinadas materias únicamente pueden ser objeto de regulación mediante leyes formales. Tal reserva de ley se desprende del artículo 150 de la Constitución de Nicaragua: "Las facultades del Poder Legislativo son indelegables, excepto las de legislar en los ramos de Fomento, Policía, Asistencia Social, Salubridad Pública, Educación Pública, Agricultura y Trabajo, Hacienda y Economía que podrán ser delegadas en el Poder Ejecutivo para que las ejerza en receso del Congreso. La facultad delegada de legislar en Hacienda no comprende la de crear impuestos, ni de modificar impuestos, ni de modificar partidas del Presupuesto general de gastos; sin embargo podrá el Presidente de la República en Consejo de Ministros, crear contribuciones o impuestos con carácter general, cuando hubiese estallado una guerra civil o internacional en que participe la República, dando cuenta al Congreso en su próxima reunión".

Interpretando negativamente este artículo, resulta que todos los supuestos no comprendidos en él son indelegables en el ejecutivo, y por consiguiente únicamente puede ser objeto de regulación legal,

(11) ANGEL LATORRE: Op. cit., Pág. 69.

de ley formal. Los supuestos así obtenidos -como los señalados expresamente, ej. creación de impuestos- constituyen reservas de ley, pues el citado precepto establece como norma general la indelegabilidad, y por excepción, algunos casos de delegación.

6. DISPOSICIONES DEL PODER EJECUTIVO CON FUERZA DE LEY.

Las disposiciones que el Poder Ejecutivo puede dictar con valor de ley, constituyen una excepción al principio de la división de poderes. Varias hipótesis puede presentarse, en las que el ejecutivo puede dictar estos actos; pero, para nuestro estudio, interesa retener dos casos: a) Actos dictados por el gobierno mediante una previa y expresa delegación del poder legislativo; b) Actos dictados por razón de urgencia o necesidad, que no permiten esperar la intervención del legislativo.

Garrido Falla señala que ambas categorías presentan notas en común: " a) Se trata siempre de normas que, desde el punto de vista subjetivo, emanan del Poder Ejecutivo. b) Desde el punto de vista formal, unas y otras tienen el mismo valor que las leyes dictadas por el Poder legislativo ordinario". (12).

Sin embargo, es posible establecer diferencias entre ellas: a) En la legislación delegada (leyes-delegadas) la intervención del poder legislativo es a-priori; en los decretos-leyes a-posteriori. b) Su fundamentación es distinta: mientras en las leyes delegadas hay razones de orden técnico, para que la administración precise y desarrolle las bases o principios señalados previamente por el poder le-

(12) GARRIDO FALLA: "Tratado ..." T 1º, Pág. 262. Ver también páginas ss.

gislativo, en los decretos-leyes las razones son de urgencia o de necesidad.

En Nicaragua no parece hacerse distinción entre ambas categorías; con el nombre de decretos-leyes se designan tanto los casos de legislación delegada como los decretos-leyes propiamente dichos, situación comparable a la existente en Francia, donde tampoco se hace tal distinción. Si bien ambas disposiciones del ejecutivo reciben el nombre de decretos-leyes, estas figuras admiten distinción; así el artículo 191 C.N. , apartado 9, dice que compete al Poder Ejecutivo "Emitir leyes en receso del Congreso, en uso de delegación legislativa". Por otra parte, el apartado 10 de ese mismo artículo faculta al Ejecutivo para dictar verdaderos decretos-leyes, al disponer como competencia de este "Emitir en receso del Congreso y en Consejo de Ministros decretos-leyes en casos de emergencia o de necesidad pública, sometiendo el Congreso en los primeros quince días de sus próximas sesiones ordinarias". La distinción la hace la Constitución; lo lamentable es que, a pesar de ello, se emplee genéricamente para ambas figuras la denominación decretos-leyes. La doctrina nicaragüense reconoce el carácter excepcional de la actividad legislativa del Ejecutivo: "No solamente el Poder Legislativo legisla. Por excepción el Poder Ejecutivo tiene la facultad de dictar leyes que por el origen del poder emisor no llevan entonces el nombre específico de leyes. En tal caso llevan el nombre de Decretos-leyes" (13).

6.1. Legislación delegada. - La legislación delegada supone un acto de delegación legislativa expresa. Puede ser general o especial. La delegación general se produce cuando, en aten-

(13) ILDEFONSO PALMA MARTINEZ : op. cit. , pág. 209.

ción a las circunstancias particulares por las que atraviesa el país (caso de guerra, graves perturbaciones al orden público), el Legislativo concede al Ejecutivo "plenos poderes". La delegación especial se da respecto a materias determinadas, señalando el Legislativo las bases o criterios que han de servir de límite a la ley delegada o decreto legislativo.

La legislación delegada presenta ciertas ventajas: a) acrecienta y acelera la producción normativa, fenómeno que se observa en el considerable volumen de legislación que se ha producido -de esta manera- en algunos países; b) asegura un mayor tecnicismo, pues el Ejecutivo posee más y mayores medios que el Legislativo para hacer frente a la complejidad de ciertas materias, manifestándose en algunas de ellas el creciente intervencionismo estatal.

Presenta especial importancia el problema del control que pueda ejercerse sobre la normativa producida mediante la "legislación delegada". Ricardo Gómez Acebo Santos dice: "Caballo de batalla en el campo de la legislación delegada ha sido el de buscar fórmulas por las que se evitarán las arbitrariedades de la Administración en el ejercicio de su función delegada por el poder legislativo; es decir el establecimiento de una fiscalización de la actividad legislativa del Gobierno" (14). Admite tres formas de fiscalización: a) la política, mediante llamadas de atención por parte del Legislativo al Gobierno (en los sistemas par-

(14) RICARDO GÓMEZ ACEBO SANTOS: "El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: leyes delegadas y decretos-leyes", R.A.P., nº6, 1951, pág. 106. ALESSI: op. cit., T. 1º, págs 28 y ss. ZANOBINI: op. cit., págs.95 y ss. Acerca de los diferentes sistemas de control en el Derecho Comparado, ver HENRY PUGET: "Les Institutions Administratives Etrangères", Paris, 1969.

lamentarios), o bien mediante la ratificación que hace el legislativo de la ley dictada por el Gobierno; b) la fiscalización jurisdiccional que algunos consideran como posible y otros no; en Francia -donde bajo la denominación "decretos-leyes" se encierran las leyes delegadas y decretos-leyes- pueden ser controlados mediante el recurso de exceso de poder; c) fiscalización de órganos consultivos de la misma Administración, ej. necesidad de obtener un dictámen del Consejo de Estado.

6.2. Decretos-Leyes. - Los decretos-leyes se dictan por razones de urgencia y de necesidad. Debe de existir -in genere al menos- una disposición previa que autorice al Gobierno para dictar esta clase de actos, idea contra la que han reaccionado algunos sectores doctrinales; sin embargo la tendencia contraria ha finalizado por imponerse en varios países. Para justificar este poder tan extraordinario se han esgrimido razones de toda índole: algunos hablan de "delegación tácita por el previo consentimiento de la mayoría parlamentaria, otros la justifican en la "legítima defensa", otros en el "estado de necesidad", algunos invocan la "negotium Gestio", etc.

El carácter urgente del decreto-ley es subrayado en la doctrina, pues -como señala el profesor García - Trevijano-, "si seguimos las fases normales esto no puede hacerse más que a través de otra ley, pero la necesidad o la urgencia como fuerzas legítimas autorizan al poder ejecutivo para actuar". (15).

(15) GOMEZ ACEBO SANTOS: Op. cit., Págs. 107 y ss. RAMON MARTIN MATEO: "Manual de Derecho Administrativo", Págs. 132 y ss. GARCIA-TREVIJANO, J.A. : Op. cit., Pág. 258

7. REGLAMENTOS

La facultad reglamentaria es inherente a la actividad administrativa. Los reglamentos son una fuente de la Administración y exclusiva de ella; son disposiciones jurídicas de carácter general dictadas por la Administración pública con valor subordinado a la ley. La competencia de dictar reglamentos es una facultad normal de la misma Administración que no requiere ninguna justificación excepcional, como sucede con las leyes delegadas o decretos-leyes. Los reglamentos son fuente de derecho para la Administración, con la particularidad de que proceden de ella misma. "Es inherente a la función administrativa la facultad de la administración de dictar actos administrativos contentivos de normas generales." (16). Por su procedencia son, pues, verdaderos actos administrativos -razón por la cual los estudiamos en el capítulo-; pero por su contenido constituyen verdaderas normas de derecho, y desde este punto de vista nos interesan en el presente capítulo.

A la facultad de dictar reglamentos suele llamarse comunmente por la doctrina "potestad reglamentaria". Palma Martínez, aduciendo, entre otras, razones de orden técnico la llama "potestad reglamentaria": "La reglamentación de la ley no tiene un carácter permanente; al variar las circunstancias que aconsejan

(16) BREWER CARIAS: Op. cit., Pág. 37. GARRIDO FALLA: "Tratado...", T 1º, Pág. 271 y ss. Ver también GUY BRAIBANT: Op. cit., fascículo II, Pág. 320 y ss. GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", T 2º, 2ª edic., Pág. 507 y ss. ANDRE LAUBADERE: "Droit Administratif Spécial", 3ª edic., París 1967, Pág. 27 y ss; "Traité ..." Pág. 65 y ss. ALESSI: Op. cit., T 1º, Pág. 31 y ss. ZANOBINI: Op. cit., T 1º, Pág. 98 y ss. GORDILLO: Op. cit., Pág. 188 y ss. -dice "un reglamento es un acto unilateral dictado en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa". (Pág. 188). RAMON MARTIN MATEO: Op. cit., Pág. 145 y ss.

un modo de proceder, varía la reglamentación, y el Congreso o Poder Legislativo no ha de tener atribuciones de menor importancia a las que le corresponde ejercer por su naturaleza". (17).

Los reglamentos pueden ser ejecutivos e independientes. Los ejecutivos se dictan para desarrollar preceptos generales contenidos en una ley anterior; el desarrollo de esa ley puede ser general o especial. Los reglamentos independientes se dictan en virtud de la potestad originaria que tiene la Administración para dictar actos administrativos de carácter general.

Los reglamentos, por su contenido, encierran un importante número de disposiciones que interesan al procedimiento administrativo, señalando pautas para el ejercicio de la acción administrativa. Ejemplo de ello sería el reglamento de la ley nicaragüense de protección a la familia de prole numerosa del 26 de febrero de 1959, que señala el procedimiento a seguir para obtener la calidad, y por consiguiente los beneficios, de familia de prole numerosa.

Es interesante la regulación que ha hecho la ley española de procedimiento administrativo, al establecer el procedimiento a seguir para la elaboración de los reglamentos administrativos (L.P.A., Título VI, capítulo 1º).

8. INSTRUCCIONES DE SERVICIO Y CIRCULARES

Para nosotros, las llamadas instrucciones de servicio y circulares son especies dentro del género "medidas de orden interior", llamadas a producir efectos jurídicos únicamente en el inte-

(17) ILDEFONSO PALMA MARTINEZ: Op. cit., Pág. 211.

rior de la misma Administración. Este criterio coincide con el contenido de "les mesures d'ordre intérieur" francesas. "De nombreuses mesures administratives ont une portée limitée. Elles concernent seulement le fonctionnement interne de l'administration, l'ordre juridique intérieur à l'administration. Il s'agit alors de décisions ne faisant pas grief aux administrés, appelées encore mesures d'ordre intérieur". (18).

Pero el criterio que mantenemos no es, en ninguna manera, unánime, y así Mariano Baena del Alcazár rechaza el uso de la expresión "medidas de orden interior", por una parte porque no están aceptadas en el derecho positivo español, y por otra porque -según él- esa expresión no dice nada. Para él, circular e instrucción son una misma cosa (19).

Estas medidas de orden interior deben de considerarse como simples directivas de actuación que las autoridades superiores imponen y dirigen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de la jerarquía, y como tal deben ser entendidas. No son una manifestación especial de la potestad reglamentaria, sino una lógica consecuencia de la jerarquía.

En cuanto a los efectos jurídicos que producen, Garrido Falla señala que están conectados al deber de obediencia del inferior jerárquico con su superior, y que su infracción puede dar lugar a un procedimiento disciplinario, añade que no es necesario que sean publicadas, bastando conque hayan sido conocidas por el

(18). CHARLES DEBBASCH: Op. cit., Pág. 294. Ver también entre otros, MARCEL WALLINE: Op. cit., Pág. 363 y ss.

(19) MARIANO BAENA DEL ALCAZAR: "Instrucciones y circulares como fuente el Derecho Administrativo", R. A. P. nº 48, 1965 Págs. 107 a 126.

inferior jerárquico, "Por tanto, puede afirmarse que estas normas ni modifican situaciones jurídicas individuales, ni vinculan al ciudadano, ni a los magistrados, ni funcionarios que no sean estrictamente los inferiores jerárquicos de la autoridad que las dicta". (20).

8. 1. Las circulares. - Acerca de las circulares, Debbasch dice que "Le pouvoir hiérarchique comporte, pour tout chef de service -et principalement pour le ministre- le droit de préciser aux subordonnés dans un acte à portée générale le comportement à tenir dans l'exécution du service; un tel acte porte le nom de circulaire". (21).

Las circulares tienden a dar una interpretación de los textos generales. Al ser instrumento del poder jerárquico, tienen un carácter obligatorio para los agentes del servicio, sin ser impositivas para los administrados, a los que no obligan de ninguna forma.

Sin embargo, no todas las circulares tienen un carácter interpretativo; bajo el nombre de circulares, existen verdaderos

(20) GARRIDO FALLA: "Tratado...", T 1º, Pág. 287. En este sentido, JACQUES DEMBOUR: Op. cit., Pág. 40 y ss. LAUBADERE: Op. cit., Pág. 272, manifiesta que "D'une manière générale, les mesures dites "d'ordre intérieur" ou "d'administration intérieure" sont des mesures dont l'objet se situe à l'intérieur de l'administration, visant l'aménagement interne et le fonctionnement des services. Ainsi ces mesures -et c'est leur trait spécifique commun- ne s'adressent pas directement aux administrés; elles ne les touchent qu'indirectement; elles se distinguent par là des décisions exécutoires". Ver Págs. ss.

(21) CHARLES DEBBASCH: Op. cit., Pág. 294. MARCEL VAUTHIER: en "Précis du Droit Administratif de la Belgique", Bruxelles 1950, 3ª edic., 2 tomos -señala que "La circulaire est une lettre adressée à un certain nombre de fonctionnaires (ordinairement aux gouverneurs de province) relativement à une affaire déterminée". Pág. 68, T 1º.

preceptos reglamentarios, que añaden elementos nuevos al derecho en vigor; y esas "circulares" no son "medidas de orden interior". Podrían, en este caso, ser susceptibles de control jurisdiccional.

8.2. Instrucciones. - Las "instrucciones" son medidas de orden interior por las cuales la autoridad jerárquica regula la disciplina interna del servicio. Dichas instrucciones no deben en ninguna manera afectar la situación jurídica de los interesados, pues en ese caso se trataría de verdaderas medidas ejecutorias.

En cuanto a si las circulares e instrucciones constituyen fuentes del procedimiento administrativo, en principio habría que responder negativamente por tratarse de medidas destinadas a producir un efecto interno, y que, por lo tanto, no están llamadas a afectar a los administrados.:

Baena considera que se pueden distinguir dos especies de circulares e instrucciones. Por una parte las de carácter interno, manifestación de la jerarquía administrativa y que afectan a terceros muy indirectamente. De otra, las circulares e instrucciones reglamentarias que encierran verdaderos reglamentos y son fuente de Derecho Administrativo.

Baena analiza el problema desde el ángulo del derecho comparado. Así, el derecho francés considera las circulares reglamentarias e interpretativas. La doctrina italiana no las considera como fuente del derecho, pues no pueden equipararse a los reglamentos por su carácter de normas internas (22). En el derecho alemán se plantea respecto al ministro (23). En el derecho es-

(22) ALESSI: "Instituciones de Derecho Administrativo" T 1º Págs. 33 y ss.

(23) FORSTHOFF: "Tratado de Derecho Administrativo" Pág. 203.

pañol no se plantea respecto al ministro pues éste tiene: 1º) potestad reglamentaria, 2º) la facultad de dictar, bajo la forma de órdenes, instrucciones y circulares el problema de las circulares e instrucciones si se plantea, en cambio, a nivel de órganos inferiores al Ministro. Desde un punto de vista material la doctrina no las considera como fuentes; pero Baena sigue el criterio del comisario Tricot (24). El problema de la potestad reglamentaria de las autoridades inferiores a ministro es un problema muy español, que existiría -dice- cuando haya una norma habilitante, la que sería una disposición con rango formal de ley, aceptando incluso la habilitación tácita. (25).

Tanto las circulares como las instrucciones presentan cierto interés, por indicar, a menudo, la interpretación que la administración da a ciertas disposiciones legales o reglamentarias, ofreciendo, además, una mejor visión y comprensión del funcionamiento del mecanismo administrativo.

9. ESTATUTOS Y REGLAMENTOS DE OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS

En virtud de la autonomía de que gozan ciertos organismos ad-

(24) El comisario TRICOT -en el arrêêt "Institution Notre Dame de Kraisker"- considera que a) el ministro puede crear reglas generales y aplicables a terceros sin que exista ningún texto que le otorgue poder reglamentario. b) propone un criterio de distinción entre circulares interpretativas y reglamentarias. Son reglamentarias: 1º) las que someten a sujeciones o dan nuevas garantías al ciudadano; 2º) las que comportan una decisión colectiva seguida de simples medidas de aplicación; y 3º) las que crean una regla interpretativa nueva.

(25) BAENA DEL ALCAZAR: Op. cit. , Pág. 110 y ss.

ministrativos -que tienen personalidad jurídica propia, distinta del Estado, pero integrados en él- , están capacitados para dictar normas jurídicas de carácter general.

Para que las normas dictadas por los organismos autónomos tengan eficacia jurídica, y no sean consideradas como simples disposiciones internas o pactos colectivos, es necesario que sean asumidas por el Estado, "La asunción estatal resulta, tanto cuando la ley estatal obliga estos entes a dictar determinadas regulaciones en relación con determinadas materias". (26).

La potestad reglamentaria de estos entes puede concretarse en dos tipos de normas: los estatutos y los reglamentos. Los estatutos se dictan para la mejor organización y funcionamiento interno de dichos organismos, o bien para completar ciertas partes que no han sido objeto de regulación mediante ley estatal. Los reglamentos se dictan para normar las relaciones de estos entes con sus funcionarios, con sus componentes (ej. una entidad de base asociativa como el profesorado de una universidad) e incluso con terceras personas.

Pueden señalarse algunas reglas acerca de la validez de estas normas: 1º) Si la organización del ente está regulada por leyes estatales, los estatutos autónomos podrán dictarse tanto en cuanto hayan sido previstos por la ley, o bien para regular materias de régimen interior; 2º) Las corporaciones de Derecho público, cuya organización no esté prevista por la ley, pueden elaborar sus propios estatutos, dependiendo su eficacia de la aprobación por parte del Estado; 3º) La potestad de dar otros tipos de reglamentos ha de ejercitarse dentro de la competencia del ente y

(26) GARRIDO FALLA: " Tratado ...", T 1º, Pág 289

sumisión total al Derecho del Estado. (27).

Tanto los estatutos como los reglamentos que dictan estas entidades públicas pueden constituir -y son- una verdadera fuente del procedimiento administrativo.

Así, y a manera de ejemplo, el artículo 15 -apartado "c"- de la Ley Orgánica de Seguridad Social (del 13 de Diciembre de 1955) de Nicaragua concede potestades reglamentarias al Consejo directivo del Instituto Nacional de Seguridad Social; y el apartado "b)" de ese mismo artículo, la facultad de establecer y modificar la organización administrativa del instituto. Sin embargo, en la "Consulta" del 9 de febrero de 1959 (B. J. 19.707), la Corte Suprema de Justicia (de Nicaragua) dijo: "El Instituto Nacional de Seguridad Social no es ente autónomo, calidad reservada a los servicios que constituyen el patrimonio industrial o comercial del Estado, pero tiene personería jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, y la autonomía funcional que la ley le concede", con lo cual la Suprema mantiene un concepto restringido de los entes autónomos.

10. CARACTER NO FORMALISTA DE LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Una vez analizadas las fuentes escritas, conviene hacer ciertas observaciones acerca del carácter de estas reglas. El procedimiento administrativo tiende a evitar el carácter formalista del mismo y el culto inmoderado por las formas, uno de los

(27) GARRIDO FALLA: "Tratado....", T 1º Pág. 290

peligros más graves que amenazan la acción de los organismos administrativos. Un procedimiento formalista que encadene la acción de la Administración, se volvería a la larga contra los particulares, en lugar de protegerles. Si bien el particularismo y minuciosidad de las disposiciones de grado inferior a la ley proporcionan una mayor seguridad y garantía a favor de los particulares, eliminando posibles arbitrariedades; hay que tener presente que: "Plus on donne un contenu détaillé aux lois et aux dispositions de degré inférieur qui se basent sur elles, plus l'efficacité de l'Administration peut avoir à souffrir par la diminution de la rapidité et de la souplesse de l'activité administrative". (28).

Reglas de procedimiento administrativo demasiado estrictas pueden volver lenta y pesada la actuación de la máquina administrativa. Si todas las formalidades causaran nulidades en el actuar administrativo, su marcha resultaría casi imposible. Por otra parte, no es necesario que toda formalidad entrañe una nulidad; su carácter imperativo no tiene por qué necesariamente estar ligado a una sanción.

La obligación de seguir las formalidades administrativas no debe paralizar el funcionamiento de la Administración. En este sentido, la jurisprudencia francesa admite la llamada teoría de las formalidades imposibles, que consiste en que una autoridad competente puede (sin por eso cometer una ilegalidad) pasar por alto una formalidad prevista por la ley, aún si es sustancial, si ésta es imposible de observar. Encuentra su fundamento en la idea de la continuidad del servicio público, predominando la idea de fuerza mayor

(28) VELI MERIKOSKI: "Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration" Bruxelles, Pág. 12.

Esta teoría reconoce tres circunstancias que dispensan a la Administración de respetar las formalidades previas: a) en materia de procedimiento consultivo, cuando por circunstancias independientes de la voluntad de la autoridad, el organismo al que se debía consultar dejó de existir o bien por falta de integración; b) negación sistemática, directa o indirecta, de cooperación de parte de terceros, bien sea de órganos de la misma Administración o particulares; c) obstrucción de los mismos interesados, ej. el funcionario que rehusa conocer el expediente disciplinario. (29).

11. CAMPO DE APLICACION DE LA REGLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Se trata de extender lo más posible el campo de aplicación de las reglas de procedimiento administrativo por la aplicación de ciertas teorías. Una de ellas, es la del "paralelismo de formas y de procedimiento", cuyo principio consiste en que, a falta de un procedimiento especialmente encargado de ello, el "acto contrario" no puede dictarse sino después de que se hayan respetado las formas seguidas para el acto inicial. La doctrina lo entiende justificado, pues el administrado puede tener necesidad de mayores garantías en el momento de la abrogación que en el momento del acto inicial. Se considera que esta regla debe aplicarse a todos los actos de una manera general, salvo excepciones tales como aquellas formalidades seguidas espontáneamente por la Ad-

(29) GUY ISAAC: Op. cit., Pág. 287 y ss. -Señala, además, que esta teoría para ser admisible, cuando es la Administración quien la invoca, es necesario que "la circonstance invoquée par l'administration doit lui être extérieur et ne pouvoir lui être imputable". Pág. 298. Aborda también el estudio de las teorías de la urgencia y de las circunstancias excepcionales.

ministración, cambio de la legislación, o en el caso de las consultas hechas en el interés de la Administración.

Pudiera considerarse que el procedimiento administrativo encuentra un campo de aplicación muy amplio cuando la Administración actúa discrecionalmente. Sin embargo su aplicación es mayor cuando actúa reglamentamente, pues ofrece mayores garantías a favor de los particulares por la influencia que la decisión pueda tener en la apreciación de los hechos litigiosos.

Las reglas del procedimiento administrativo se observan aún en el caso de decisiones implícitas. La Administración tiende muchas veces a refugiarse en el silencio cuando no desea dar respuesta a una demanda del particular. Para no perjudicar a los administrados, y no crear una desigualdad procedimental, el procedimiento administrativo contempla esos casos mediante la teoría del "silencio administrativo" (Ver capítulo 6º nº).

12. LA COSTUMBRE

Una vez que hemos dedicado nuestra atención al estudio de las fuentes escritas del procedimiento administrativo, cabe preguntarse si ellas son suficientes para reglar todas las situaciones jurídicas que pudieran presentarse.

La doctrina dominante admite la posibilidad de que existan lagunas en el ordenamiento jurídico escrito, las que es preciso colmar. (30). Es en base a esta problemática que cabe el estudio

(30) Para otro sector de la doctrina resulta innecesario buscar nuevas fuentes de producción normativa, al margen del Derecho escrito estatal, por entender que éste es un sí mismo suficiente. Es la postura de Donato Donati que se basa en la necesaria perfección (completezza) de todo ordenamiento jurídico, pues en su

de las fuentes no escritas y de las fuentes indirectas del procedimiento administrativo.

La costumbre nace fuera de la organización del Estado, con un carácter externo, y se trata, sobre todo, de normas creadas e impuestas por el uso social. Se debe a un comportamiento uniforme y constante, practicado por los ciudadanos con la convicción íntima de que responde a una obligación jurídica.

En la costumbre existen dos elementos: a) uno material, que consiste en la repetición de actos del mismo contenido; b) uno moral, es decir la íntima convicción de que hay una obligación jurídica de observar esos actos.

Por otra parte, la costumbre se diferencia de los usos sociales en que la comunidad debe estimarla obligatoria (opinio necessitatis) y su violación acarrea una sanción jurídica.

La costumbre se encuentra relacionada con la ley, "como los platillos de una balanza, está condicionada recíprocamente la importancia respectiva de la ley y la costumbre; en cada época, si la una sube, la otra bajará (31).

base existe una norma general exclusiva que sirve a solucionar cuantos casos no han sido específicamente previstos por las normas concretas. Ver GARRIDO FALLA: "Tratado," Pág. 296 y ss.

(31) FEDERICO DE CASTRO: Op. cit., Pág. 90. SANCHEZ AGESTA: opina que "La costumbre es el Derecho no escrito (en contraste con la ley Derecho escrito) que se define no por obra del legislador, sino por la reiteración de actos o prácticas que contienen una interpretación espontánea de lo que es justo de acuerdo con la conciencia colectiva", op. cit. Pág. 319. En el mismo sentido, J. DEMBOUR: op. cit. Pág. 47 considera que "La coutume est un usage implanté dans une collectivité et considéré par elle comme juridiquement obligatoire". En el derecho belga, -expresa Dembour- se siguen las siguientes reglas: 1º) Un uso no puede prevalecer sobre un texto, la costumbre tiene un valor supletorio; 2º) Un uso no puede valer como fuente de

La costumbre puede ser: a) extra o praeter legem, que regula aquellas situaciones sobre las cuales calla la ley; b) costumbre secundum o propter legem, que confiere un sentido especial a lo dicho por una ley; c) costumbre contra legem, que regula una situación contradiciendo lo dispuesto en la ley.

El problema consiste en determinar si la costumbre como tal constituye una fuente específica del derecho administrativo y, concretamente para nosotros, del procedimiento administrativo. Hay quienes han contestado afirmativamente, aduciendo que, al ser la costumbre una fuente del Derecho, y el Derecho Administrativo una rama de aquél, se deduce el que la costumbre puede ser fuente del Derecho Administrativo (ej. , Gascon y Marín , González Pérez, etc.).

Para otros, la costumbre no puede ser fuente del Derecho Administrativo por ser éste un Derecho esencialmente escrito y reflexivo (Otto Mayer). Otros aceptan la costumbre en el Derecho Administrativo, aunque con un valor subordinado, por lo que no debe admitirse nunca la costumbre contra legem.

La costumbre puede tener un cierto ámbito de aplicación en el Derecho Administrativo respecto al funcionamiento de instituciones surgidas históricamente, o para reglar relaciones entre los administrados en relación con materias determinadas.

interpretación; 3º) La violación de un uso puede ser invocada ante el Consejo de Estado. Ver también ANDRE BUTTGENBACH: "Manuel de Droit Administratif", Bruxelles, 1966, 3ª edic. , T. 1º Pág. 24. ZANOBINI: Op. cit. , Pág. 122 y ss. GORDILLO: Op. cit. , Pág. 203 y ss. - no admite la costumbre como fuente del Derecho Administrativo, pero la admite cuando puede crear derecho a favor de los administrados frente a la Administración. FIORINI: Op. cit. , Pág. 64 y ss. - Tampoco la acepta como fuente normativa; distingue las prácticas de los usos administrativos.

Lo que sucede en realidad es que la costumbre es una fuente de Derecho independiente de la voluntad estatal, que difícilmente puede presentarse en el Derecho Administrativo, pues en las relaciones administrativas siempre intervienen, de una parte y en forma constante, la Administración, y, por otra, los particulares, en calidad de sujetos administrados. En cambio, en las relaciones jurídico-privadas, la relación es susceptible de producirse y desarrollarse entre sujetos cada vez diferentes. No se presentan los supuestos necesarios para que surja la costumbre con sentido análogo al que tiene en Derecho privado, como fuente de Derecho independiente de la voluntad estatal.

Lo que sí puede admitirse en el Derecho Administrativo, y por ende en el procedimiento, son las llamadas prácticas administrativas; el problema se plantearía acerca de su obligatoriedad, pues "la obligatoriedad de las prácticas administrativas surge allí donde, como consecuencia de las mismas, haya podido crearse un principio de apariencia jurídica que induzca al administrado a creer correcta una actuación suya en un sentido determinado". (32).

En definitiva este problema, y la solución que se le dé, están en función del ordenamiento jurídico concreto que se estudie.

Brewer Carías, al referirse a la realidad Venezolana, considera el problema desde un punto de vista interesante para el procedimiento administrativo, al señalar que la costumbre ha sido aceptada en la formación de las reglas debido a que "... por la ausen-

(32) GARRIDO FALLA: "Las fuentes no-escritas del Derecho en el Derecho Administrativo", R.E.V.L., nº 97, Pág. 14, año 1958. "Tratado ..." T 1º, Pág. 306. El profesor GARCIA - TREVIJANO, J. A. en op. cit., - señala en cambio que "La costumbre es fuente del Derecho Administrativo en un sentido muy alto, puesto que su base es formalista... No hay que confundir la costumbre con las simples "Prácticas Administrativas" que no crean derechos" Pág. 309.

cia de una legislación procedimental administrativa, las autoridades encargadas de cumplir el procedimiento constitutivo e impugnativo del acto administrativo han carecido de normas precisas para actuar, por lo que están guiadas en una larga medida por las prácticas administrativas" (33). En cuanto a los llamados procedimientos "constitutivos e impugnativos", ver nuestra opinión en el Capítulo I, nº). La observación de Brewer la consideramos, por lo demás, válida y aplicable a la realidad del procedimiento administrativo en Nicaragua.

En ese sentido Palma Martínez, refiriéndose a las costumbres, expresa que "... estas costumbres que como manifestaciones primeras de la vida del Derecho adoptan el carácter de leyes han aportado valioso material a la ciencia del Derecho Administrativo. Lo que la experiencia ha consentido como bueno no puede ser desestimado por una ciencia cuya misión es aplicarse a ciertas instituciones de la sociedad para provecho de éstas" (34).

(33) ALLAN R. BREWER CARIAS: Op. cit., Pág. 45. HERNANDEZ RON: Op. cit., Pág. 64 y ss. -considera que la costumbre tiene un distinto alcance según se considere en el Derecho privado o en el Derecho Administrativo. Se inclina por la aceptación de las prácticas administrativas que, desde ese punto de vista, interesan como fuente del Derecho Administrativo. Puede verse, además, ANTONIO MOLES CAUBET: - "Vicisitudes del Procedimiento Administrativo Venezolano", R. I. S. A. 1972, Págs. 270-276.

(34) PALMA MARTINEZ: Op. cit., Pág. 14. La idea de que la costumbre es una fuente del Derecho Administrativo la admite el profesor ANDRE DE LAUBADERE, en "Traité..." Pág. 31: "La coutume n'est pas étrangère à la formation de certaines règles et à la construction de certaines théories du droit administratif". Y más adelante expresa claramente: "Cependant il n'est guère douteux que la coutume peut être source de droit en droit administratif comme dans les autres branches du droit". (Pág. 217).

13 LA JURISPRUDENCIA

Para los autores franceses y los nacionales de los países que se han inspirado de su sistema, la jurisprudencia constituye una fuente del derecho administrativo. Así, el profesor belga Dembour la considera como una de las fuentes sociológicas del derecho -junto con la doctrina-, y distingue: la jurisprudencia de la jurisdicción y la jurisprudencia de la Administración activa. La primera tiene una gran importancia y muchas de las construcciones jurídicas son el resultado de la obra casi exclusiva de la jurisprudencia (ej. la teoría del dominio público). Establece una continuidad en cuanto a la forma de interpretar el derecho, llegando a adquirir un cierto valor como el de las normas escritas. La segunda, la jurisprudencia de las autoridades administrativas (ej. la de los organismos que ejercen una tutela jurídica), "Ces décisions constituent une source de droit impérative pour ceux auxquels elles s'adressent et interprétative pour les tiers. Par là, elles se rattachent tant aux sources formelles qu'aux sources sociologiques du droit administratif". (35). En la Administración

(35) J. DEMBOUR: Op. cit., Pág. 52. GUY BRAIBANT: Op. cit., fascículo IIº, Pág. 352 -dice que la jurisprudencia combina y aplica tanto las fuentes como los principios generales, "Par conséquent à travers l'ensemble de ces sources, la jurisprudence joue un rôle essentiel, mais c'est un rôle pratique, un rôle de fait, et non pas un rôle théorique et juridique". MARCEL WALINE: Op. cit. Pág. 24 y ss. CHARLES DEBBASCH: Op. cit., Pág. 15 y ss. ISAAC: Op. cit., Pág. 270 y ss. -señala que el procedimiento administrativo francés presenta una construcción pretoriana y la actividad del juez se advierte: a) llenando las lagunas de la reglamentación; b) por el carácter subsidiario de las reglas de jurisprudencia. LAUBADERE: "Traité..." Pág. 33 - después de examinar las características de la jurisprudencia administrativa manifiesta que "La jurisprudence administrative se présente ainsi comme une jurisprudence souple, nuancée, évolutive, adaptant constamment et avec une particulière sensibilité le droit administratif aux exigences mouvantes de la vie administrative". FIORINI, B: Op. cit., Pág. 71 y ss. GARCIA - TREVIJANO J. A: Op. cit., Pág. 310.

activa tienen, pues, una gran importancia los precedentes.

La jurisprudencia tiene un valor y significación distintas según se trate de los países anglosajones o de los continentales europeos pero en ambos ofrece un valor compensador en el sistema jurídico.

En el sistema legal español, la jurisprudencia no se incluye como fuente del Derecho Administrativo, pues su valor es nulo y la jurisprudencia contencioso-administrativa no ha alcanzado el valor de la civil o de la penal; sin embargo se le reconoce un interés práctico que sirve para conocer la interpretación que de la ley hacen los tribunales (36).

Si bien se reconoce la importancia de la jurisprudencia en cuanto a su papel práctico de interpretación de la ley y, a veces, hasta su carácter creador, la jurisprudencia como tal ha sido objeto de duros ataques. Von Kirchhmann reconoce que el objeto de la jurisprudencia es el derecho, pero al compararlo con el objeto de las demás ciencias, resulta que el derecho es mutable y que la ciencia del derecho se opone al progreso del mismo, pues al dedicarse principalmente al estudio del pasado, se encuentra condicionado por él. Llega a la conclusión de que la jurisprudencia no

(36) GARRIDO FALLA: Op. cit. Pág. 318 y s. BREWER CARRIAS considera que la jurisprudencia su carácter de interpretación y de creación en el ámbito administrativo, "La sumisión de la actividad administrativa al Principio de la Legalidad Administrativa implica el respeto de los Principios Generales del Derecho Administrativo establecidos y definidos por la jurisprudencia y no el respeto de la jurisprudencia en sí" Op. cit., Pág. 45.

es, ni debe ser considerada como ciencia (37).

La jurisprudencia nicaragüense ha dicho de ella misma: "También será menester para oponer la causal número 10 del dicho artículo 2057 Pr. que las doctrinas legales que se invoquen como violadas, mal interpretadas o indebidamente aplicadas al caso, se hallen, como si dijéramos, preestablecidas por una serie razonable de fallos publicados por el Tribunal Supremo antes de haberse dado la sentencia de que se recurre". (Sentencia de las 11 a.m. del 23 de Julio de 1921 -B. J. - 3369 Cons. I).

Para que la jurisprudencia tenga cierta validez -la jurisprudencia civil en estos casos- se requiere un cierto número de fallos y no una sentencia aislada: "Además el citado es un caso singular y no puede decirse aún de él que constituye doctrina en favor de ninguna afirmación". (Sentencia de 11:30 a.m. del 19 de Noviem-

(37) J. H. VON KIRCHMANN: "La jurisprudencia no es ciencia", Madrid 1949 -señala además que en el derecho interviene el sentimiento. Aún más, encuentra que "La ley positiva es rígid; el derecho progresivo" (Pág. 51). "Finalmente, la ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del despota" (Pág. 51). Opina que mientras las ciencias han aportado algo, el derecho, en cambio, casi nada, salvo discusiones; en muchas épocas no ha comprendido el tiempo en que se desarrolla; además, "Lo lamentable de la jurisprudencia es precisamente que excluye de su seno la política, y que, por consiguiente, ella misma se declara incapaz de dominar, o simplemente de dirigir, la materia y el curso de las nuevas formas, mientras que todas las demás ciencias consideran esto como su parte más esencial, su cometido supremo". (Pág. 84).

Aunque desde otro ángulo, la jurisprudencia tiene sus defensores -y así MANUEL J. GARCIA GARRIDO- en "Casuismo y Jurisprudencia Romana", Madrid 1973, Pág. 9-dice: "La intrincada selva de disposiciones legales, que constituye hoy el Derecho positivo, sólo puede superarse volviendo a los cauces de una verdadera Jurisprudencia, dominada como en el mundo romano por la utilidad, la equidad y la justicia". Palabras que nos parecen aplicables al campo del Derecho Administrativo, sobre todo en una realidad como la nicaragüense.

bre de 1941 -B. J. 11429 Cons. I).

La Corte Suprema de Justicia estimó que "La Jurisprudencia no es obligatoria". (Consulta del 3 de Abril de 1952 -B. J. 16305).

Por otra parte, las opiniones expresadas por la Corte Suprema de Justicia en forma de Consultas no constituyen Jurisprudencia, ni doctrina legal obligatoria, "No puede fundarse la casación en violación de la doctrina legal contenida en una consulta emitida por la Corte Suprema". (Sentencia de 9 a.m. del 8 de Noviembre de 1962 -B. J. 487/1962 ConsII.).

Palma Martínez manifiesta que "La aplicación constante de la ley a casos análogos determina un criterio que prevalece posteriormente, y ese criterio que define el sentido exacto de ella también es materia para consolidar la teoría de los expositores del Derecho Administrativo" (38).

14. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La idea de los principios generales del derecho fué establecida por primera vez en Italia en el código de 1865, tomada a su vez del artículo 13 del código Abertino. Francia y Alemania en cambio no los establecieron. La formulación moderna de estos

(38) PALMA MARTÍNEZ: Op. cit., Pág. 15. En este marco conceptual son sumamente significativas las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA: "En las condiciones cambiantes y proteicas del mundo moderno el Derecho Administrativo y el sistema de garantías, en concreto, no puede evolucionar por saltos legislativos, sino por la lúcida y constante obra de una jurisprudencia con espíritu creador, creyente y entusiasta en su propia labor y en la absoluta necesidad que de la misma siente existencialmente la sociedad actual y la causa de la Justicia y del Derecho" ("Sobre Silencio Administrativo y Recurso contencioso" R. A. P. nº 47, 1965, Pág 216).

podría encontrarse en" ... la dirección individualista del Derecho que, negando los principios generales al comienzo y elaborándolos luego, dará, favorecida por la razón práctica de la insuficiencia de las leyes y el deseo de conseguir mayor fuerza para sus ideas, un nuevo valor al concepto de aquéllos. Con el iusnaturalismo individualista serán acogidos los principios generales del Derecho en el movimiento codificador." (39).

Los principios general del Derecho son los principios que informan el ordenamiento jurídico. Son reglas de Derecho no escritas, que responden a la lógica del sistema y que encuentran aplicación en el Derecho Administrativo. En este sentido operan como fuente de conocimiento del Derecho Administrativo; pero también actúan como fuente subsidiaria, cuando tienen un carácter externo al ordenamiento jurídico y una cierta autonomía.

Para explicar el carácter externo de los principios generales del Derecho no es necesario recurrir a ideas iusnaturalistas, pues encuentran su base en los propio sistemas jurídicos, los cuales no son sino una concreción de determinadas "ideas" y circunstancias económicas, políticas, sociales y hasta ideológicas, que predominan en determinadas épocas, y que para algunos responden a determinados intereses de clase (capitalismo, socialismo).

(39) MANUEL CLAVERO AREVALO: "La doctrina de los Principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", R.A.P., nº 7, 1952, Pág. 64. Para Clavero, el concepto de los principios generales del Derecho surge más en relación con el problema de las lagunas de la ley que con el de las fuentes del Derecho. Clavero analiza las posturas doctrinales en España e Italia. Considera que los principios generales del Derecho tienen existencia, están en el ordenamiento jurídico y pueden desprenderse de él y a su vez lo animan y lo inspiran.

Rivero considera cuatro grupos de principios generales que animan el Derecho Administrativo francés: 1º) los más importantes son los que derivan de la declaración de los derechos del hombre de 1789, ej. separación de poderes, principio de igualdad, libertad, etc; 2º) reglas aceptadas en el código civil y de enjuiciamiento, adaptadas al orden administrativo por considerarlas consustanciales al ordenamiento jurídico, ej. no retroactividad, audi alteram partem, etc.; 3º) principios de origen moral, ej. persecución del bien común, interés general, etc.; 4º) los que se extraen de la naturaleza de las cosas o de la lógica de las instituciones, ej. continuidad del servicio público. (40).

Entre los Principios Generales del Derecho y las reglas jurisprudenciales, es posible establecer ciertas diferencias: a) la regla jurisprudencial es especial, el principio es general; la regla jurisprudencial es especial en relación al principio, aunque parezca gozar de generalidad; b) la regla jurisprudencial es inestable, el principio es permanente; los principios dan continuidad al derecho, y si bien su contenido es impreciso y no está determinado, son, sin embargo, susceptibles de modificarse sin desaparecer, lo que permite a la regla jurisprudencial comunicarle una mayor precisión; c) la regla jurisprudencial es prág-

(40) JEAN RIVERO: Op. cit., Pág. 294 y s. DEMBOUR: Op. cit. Pág. 42 y ss. -hace una enumeración de principios; considera que el carácter obligatorio de los principios generales no proviene de su vinculación a una fuente escrita, y que tampoco se trata de reglas dadas por la costumbre, ni de reglas jurisprudenciales, pero que por la consagración que hace el juez de los principios generales, adquieren fuerza obligatoria. Admite que tienen un carácter supletorio a la ley.

En el mismo sentido que hemos anotado, se pronuncia GUY BRAIBANT: al decir: "Ce sont des principes que s'appliquent même sans texte, qui sont dégagés par la jurisprudence, et qui correspondent à un certain état de civilisation". - Op. cit., fascículo IIº Pág. 329.

mática, el principio es trascendente (41).

(Ver la consideración más detallada de varios de estos principios generales que hemos hecho en supra, cap. 2º).

15.LA DOCTRINA

La doctrina no es una fuente de Derecho Administrativo, aunque se debe reconocer la influencia considerable que ha ejercido -y ejerce- en la evolución del Derecho Administrativo y en su interpretación.

Dice Dembour: "La doctrine -écrits des auteurs de droit administratif considérés dans leur ensemble- n'est pas une source du droit administratif, puisque les auteurs n'ont pas qualité pour créer des règles de droit" (42). Pero, en su clasificación de fuentes del Derecho, considera a la doctrina como fuente sociológica.

Si bien la doctrina no es una fuente de derecho, en el sentido jurídico del término, tiene un papel considerable, que Walline

(41) M. B. JEANNEAU: Citado por Isaac - Op. cit., Pág. 278 y ss. LAUDABERE: "Traité ...", T 1º - expresa que "La source non écrite la plus importante de la légalité est aujourd'hui constituée par les principes généraux du droit. On appelle ainsi un certain nombre de principes qui ne figurent pas dans les textes mais que la jurisprudence reconnaît comme devant être respectés par l'administration, leur violation constituant une illégalité." Pág. 217. FIORINI, B.: Op. cit., Pág. 73 y ss. GARCIA-TREVIJANO, J. A.: Op. cit. Pág. 230 -afirma que "Los principios del Derecho en general y Administrativo en particular, son la primera fuente del ordenamiento jurídico actual"; ver Págs. ss. WALINE: Op. cit., Pág. 111.

(42) J. DEMBOUR: Op. cit., Pág. 53. R. MARTIN MATEO: Op. cit., Pág. 119, considera a la jurisprudencia y a la doctrina como "fuentes aclaratorias".

destaca en: a) sistematizar las soluciones legislativas, coordinando y aclarando las partes oscuras de la legislación; b) sistematizar las soluciones de la jurisprudencia; c) proponer nuevas vías a la jurisprudencia y al legislador, ej. la teoría de la domanialidad pública fue primero una teoría doctrinal; d) por otra parte, puede criticar la jurisprudencia (43).

La doctrina tiene, pues, un rango auxiliar, y un papel muy importante a desarrollar, en cuanto a la sistematización jurisprudencial y a la fijación de bases, sobre las cuales se construirá el derecho del futuro, jugando así un rol precursor de reformas y cambios legislativos.

Palma Martínez, al referirse a la doctrina, dice: "Los tratadistas en su constante especulación científica, proponen principios y norma que vienen a constituir doctrina; y según sea la autoridad de los tratadistas así será el grado de aceptación de las doctrina que forzosamente habrán de influir en otros expositores de Derecho Administrativo; en ese orden esta ciencia se va enriqueciendo y evolucionando constantemente". (44).

(43) MARCEL WALLINE: Op. cit., Págs. 90 y s. Señala RIVERO -en "Droit Administratif", 1965, Pág. 67- que "La tâche de la doctrine particulièrement importante dans un droit non codifié et largement jurisprudentiel comme le droit administratif, consiste d'une part à organiser ce droit de façon systématique, en dégagant les principes qui inspirent les solutions législatives et jurisprudentielles, d'autre part à divulguer le droit ainsi organisé- qui serait, sans cela, difficile à connaître- enfin, à juger ce droit, du triple point de vue de sa cohérence, de son adéquation au but qu'il poursuit, de sa conformité à la justice, préparant ainsi la voie aux réformes d'où sortira le droit de demain".

(44) PALMA MARTINEZ: Op. cit., Pág. 15

16. TRATADOS INTERNACIONALES

Aunque no existe unanimidad de criterios para considerarlos como fuente del Derecho Administrativo, constituyen una fuente indirecta que requiere, para su integración en el Derecho nacional, de un acto de recepción. Para que adquiera fuerza en la legislación nacional, y sea aplicable, es preciso que su contenido sea publicado, de lo contrario deberá tenerse como inexistente por las autoridades judiciales y administrativas. Aquí la publicación actúa como un acto de recepción.

Al adoptarse un tratado internacional, puede presentarse el caso de conflicto entre alguna disposición del tratado y una ley nacional. En este caso, ¿qué disposición se aplica?, ¿la ley nacional o el tratado internacional?. Hay que distinguir dos situaciones: si la ley es anterior a la entrada en vigor del tratado, la ley nacional cesa de estar en vigor; pero si la ley es posterior a la entrada en vigor del tratado, hay que conciliar, hasta donde sea posible, las disposiciones del tratado y las de la ley posterior.

En Francia la Constitución de 1958, artículo 55, reconoce a los tratados y a los acuerdos regularmente ratificados o aprobados, una autoridad superior a la de las leyes. La jurisprudencia los considera como una de las fuentes de la legalidad y su violación por un acto administrativo conlleva la nulidad de ese acto.

El problema de la interpretación de los tratados internacionales tiene gran importancia, según se atribuya al juez administrativo o a algún órgano de la misma administración. Waline estima que ella corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores, el cual puede dirigirse al Ministerio correspondiente del país sig-

hatarlo para llegar a una interpretación común. (45).

17 LA COSA JUZGADA

Para algunos autores (ej. Dembour) se trata de una fuente formal. Se impone no sólo a aquellos contra quienes ha sido dada la decisión, sino también al autor de esa decisión, a las otras jurisdicciones y a las autoridades administrativas.

El acto creado por la cosa juzgada obliga de tal forma a la Administración que su violación constituye exceso de poder; se trataría de una violación de orden público. De cara a la Administración sería una regla definitiva.

En una sentencia, la cosa juzgada sería la parte dispositiva del acto jurisdiccional; pero cuando los motivos son inseparables de la parte dispositiva, adquieren también la autoridad de cosa juzgada.

La aceptación de la cosa juzgada, como fuente del procedimiento administrativo, depende del valor que se asigne a la jurisprudencia como fuente dentro de cada sistema jurídico.

(45) WALINE: Op. cit., Págs. 62 y s. Cfr. LAUBADERE: "Traité ..." T. 1º Pág. 214. Una interesante exposición del ordenamiento internacional como fuente del ordenamiento interno y de la supranacionalidad en GARCIA-TREVIJANO, Op. cit., Pág. 263 y ss. Ver también, FIORINI: Op. cit., Pág. 77 quien señala que esta fuente normativa está adquiriendo un desarrollo considerable y, "A medida que la integración económica latinoamericana se concreta mayores son los tratados y organismos creadores de normas administrativas". Palabras aplicables a la realidad centroamericana, por la existencia del mercado común centroamericano.

CAPITULO V

EL DEBER DE ACTUACION ADMINISTRATIVA Y EL PRIVILEGIO DE LA DECISION PREVIA

1. LA REGLA DE LA DECISION PREVIA

1. ORIGEN

La mayoría de los ordenamientos jurídicos consagran el deber de actuación de la Administración como una de las garantías fundamentales del Estado de Derecho, o sea: acoger, tramitar y resolver expresamente las peticiones o reclamaciones que le sean presentadas. Sin embargo puede darse, y de hecho con mucha frecuencia, una inactividad de la Administración que resulte perjudicial a los particulares.

La inactividad de los órganos administrativos puede entenderse en dos sentidos: formal y material. El profesor Nieto las conceptúa de la siguiente manera: "El concepto de inactividad material se corresponde con la idea ordinaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento

to, es la simple no contestación a una petición de los particulares" (1). Nos interesa particularmente la inactividad formal de la Administración por sus relaciones con la llamada regla de la decisión previa, que estudiamos a continuación.

El privilegio o regla de la decisión previa consiste en la obligación que tienen los particulares de demandar previamente a la Administración en vía administrativa para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa. En virtud de este privilegio, la Administración no puede ser llevada ante los tribunales, si previamente no se ha reclamado ante ella; además, para que la pretensión del administrado sea admisible, se requiere una resolución o decisión administrativa previa sobre la cual pueda, posteriormente, pronunciarse el juez administrativo.

Constituye uno de los privilegios tradicionales de que goza la Administración que le permite reconsiderar, antes de todo litigio, el acto impugnado. Este privilegio se encuentra tanto en los países que han instituido una jurisdicción administrativa especial (Francia, España,) como en aquellos donde únicamente existe la revisión judicial de los tribunales comunes (Perú, Nicaragua).

La oportunidad concedida a la Administración de reconsiderar su decisión inicial (a diferencia de los particulares) aparece como un privilegio. En efecto, el particular debe impugnar previamente ese acto en vía administrativa, así como la resolución contraria, expresa o no, recaída en dicha vía ante la jurisdicción contenciosa.

(1) ALEJANDRO NIETO: "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo". RAP. Nº 37, 1962, pág. 80

Bielsa dice al respecto: "La reclamación previa es privilegio de la Administración pública, pues ella le permite volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o resiste" (2).

Si bien la regla de la decisión previa ha sido concebida como un privilegio de la Administración, puede beneficiar indirectamente a los particulares, ya que al revocar o reformar la Administración sus decisiones en favor de ellos, se evitan los inconvenientes que siempre traen los litigios, redundando este beneficio incluso a toda la comunidad. Este privilegio, sin embargo, puede convertirse en perjudicial para los particulares, pues al esperar la decisión administrativa postergan la impugnación que podrían ejercer directamente ante los Tribunales contenciosos, de no impedirlo dicha regla.

Origen: La regla de la decisión previa fué obra, en parte, de la doctrina y de la jurisprudencia del Conseil d'Etat francés, vinculada a las normas dictadas para regular el problema del silen--cio administrativo, por el Decreto del 2 de Noviembre de 1864 y la ley del 17 de Julio de 1900, que extendió la solución dada.

2. LA REGLA DE LA DECISION PREVIA EN LO CIVIL

En general puede decirse que todo proceso presupone, en cierta medida, la existencia de un acto de otro sujeto, o sea un acto previo. Así, en el proceso civil español no puede entablarse el juicio sin la negativa manifiesta del demandado en el juicio de con

(2) RAFAEL BIELSA: "Sobre lo Contencioso-Administrativo", 3ª ed. Santa Fé, 1964, pág. 159. BARTOLOME FIORINI en: "Qué es lo Contencioso?", Buenos Aires, 1965, pág. 84, señala que "será necesario que la Administración pública, en realización de sus funciones administrativas, decida, por medio de una manifestación unilateral, una situación jurídica excluyente o concurrente de terceros".

ciliación . Esa negativa sirve técnicamente para que el juicio se pronuncie sobre un acto o una actitud de oposición previamente manifestada.

Como la regla de la decisión previa no tiene una aplicación rígida en lo civil , es posible el acceso jurisdiccional de una pretensión, o el ejercicio de una acción, sin ser necesaria la existencia de un acto previo o de un trámite de conciliación. Estas excepciones se justifican por varias razones: de urgencia (en el caso de juicios interdictales, de alimentos, universales, desahucios, etc.); porque sea innecesario dada la naturaleza de la acción ejercitada (juicios verbales, declarativos que se promuevan como incidente o consecuencia de otro juicio); o por tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria, o los que se promuevan contra personas ausentes, desconocidas, inciertas o que no tengan un domicilio conocido, etc. (3).

Aunque nacida en Francia, la regla de la decisión previa no es aplicada ante la jurisdicción ordinaria francesa; cuando se quiere atacar a alguien en justicia, se hace directamente, sin que exista ninguna obligación de intentar un juicio de conciliación previa. Esta regla conoce algunas excepciones dadas por la existencia de instituciones reguladas por textos especiales y que interesen directamente al Estado, por ejemplo en materias domaniales.

(3) PARADA VAZQUEZ, J. R. : "Informe sobre la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa en el anteproyecto de bases para una ley orgánica de justicia", RAP. Nº 58, 1969, Pág. 456 y ss.

3. LA REGLA DE LA DECISION PREVIA EN LO ADMINISTRATIVO

La regla de la decisión previa en lo contencioso-administrativo es considerada por la mayor parte de la doctrina, como un mero requisito procesal que condiciona la admisibilidad de la pretensión, pero que no afecta al fondo del asunto.

Contrariamente a lo que sucede en el ámbito civil, la regla de la decisión previa presenta una mayor rigidez para lo contencioso-administrativo y, normalmente, no presenta ninguna excepción. Niguna actitud o actividad material de la administración puede impugnarse ante lo contencioso-administrativo sin una previa petición del interesado ante la misma en vía administrativa, y sin que se dé una desestimación expresa o tácita de la administración. La decisión así obtenida fija los términos de la pretensión ante la jurisdicción administrativa; en este sentido, Weil expresa: "Desde la apertura del proceso, la regla de la decisión previa permite circunscribir con precisión el objeto del litigio" (4). Además, y siempre desde la perspectiva de que la decisión previa constituye un presupuesto procesal para la interpretación del recurso contencioso-administrativo, se nota que este no procede sobre hechos o puras manifestaciones materiales de la Administración, sino contra la decisión administrativa recaída sobre esos hechos o manifestaciones materiales.

Además de la rigidez señalada, la regla de la decisión previa presenta caracteres de onerosidad en lo contencioso-administrativo. Contrariamente a lo que sucede en lo civil, en relación con el acto desestimatorio que se da en el juicio de conciliación, la regla

(4) WEIL, P.: "El Derecho Administrativo", pág. 105.

en lo administrativo resulta onerosa; frente a la inmediatividad con que puede trabarse el proceso civil después del juicio de conciliación, la Administración, si permanece inactiva, puede demorar por un período de tiempo, a veces largo, el proceso contencioso-administrativo. Aún más, si ha existido un acto administrativo inicial o si se ha dado respuesta a una petición de un particular, esas decisiones no satisfacen plenamente la exigencia procesal de la decisión previa, debiendo agotarse la vía administrativa, lo que en definitiva supone dos actos: el inicial y el desestimatorio del recurso administrativo interpuesto.

En Francia, salvo en materia de obras públicas, siempre se exige una decisión previa en todos los recursos que se interpongan ante el Consejo de Estado y los tribunales administrativos. La jurisdicción sólo puede conocer recursos contra decisiones administrativas. Al no aplicarse esta regla ante los tribunales ordinarios, su exigencia en la jurisdicción contencioso-administrativa aparece como anormal (5). Además esta regla puede acarrear consecuencias perjudiciales (onerosidad). Es de temer, efectivamente, que la Administración oponga sistemáticamente la fuerza de la inercia a las reclamaciones de los administrados para eludir así el control jurisdiccional.

En Francia, como vimos, la regla de la decisión previa carecía, hasta hace poco tiempo, de un ámbito legal de aplicación general, y su existencia se debe más bien a un azar histórico que se justifica por razones de orden puramente prácticas. El aspecto práctico de esta regla ha sido subrayado particularmente en Argentina por el profesor Bielsa al afirmar: "La tendencia jurispruden-

(5) WALINE, M.: "Précis de Droit Administratif", págs. 158 y ss.

cial hacia esta reclamación previa se explica por motivos de economía en la actividad jurisdiccional, pues si todos los casos fuesen directamente llevados a los tribunales, el trabajo de éstos aumentaría mucho, al menos en su fase inicial" (6). Sin embargo, en la misma doctrina argentina, Altamira manifiesta que la reclamación previa obligatoria es contraria a la eficacia de la acción de ilegalidad, pues implica pérdida de tiempo desde que el acto nulo está produciendo efectos definitivos; además porque en la práctica, de las reclamaciones interpuestas ante la Administración, sólo una pequeña parte de ellas tienen éxito, estando la mayoría condenadas al fracaso; y por último, a no ser que se fije un término breve para la retardación, reducen al mínimo la eficacia del recurso (7).

El privilegio de la decisión previa presenta aspectos positivos y negativos que es preciso valorar muy bien, pues si se trata de favorecer al particular, (a la Administración e incluso a la labor revisora del juez) pueden acarrear graves consecuencias que pesen aún más sobre los hombros de los particulares, haciendo todavía más onerosa su situación. El establecimiento de plazos breves para que la Administración se pronuncie, podría ser una solución. Por otra parte, si bien los peligros apuntados son reales y se presentan a menudo en la vida administrativa, parte de esos temores se ven sensiblemente aumentados al continuar considerando el problema desde una óptica contencioso-administrativa, cuando en realidad su estudio debe intentarse desde el campo del procedimiento administrativo, y no como un mero requisito procesal para acceder ante la jurisdicción administrativa.

(6) BIELSA: Op. cit. pág. 160

(7) GUILLERMO ALTAMIRA, PEDRO: "Principios de lo contencioso-administrativo", Buenos Aires, ed. Omeba., 1962, págs. 147 y s.

4. LA REGLA DE LA DECISION PREVIA EN LO CIVIL Y EN LO ADMINISTRATIVO

Se ha intentado muchas veces establecer un paralelo entre la vía previa a lo civil y el juicio de conciliación, pero ese paralelo no es tan completo como se pretende. El juicio de conciliación, como hemos visto, presenta numerosas excepciones: su falta de celebración suspende el curso del proceso correspondiente, pero no lo imposibilita pudiendo realizarse en cualquier momento; el juicio de conciliación trata de evitar el proceso, y lo que en el se acuerde tiene valor de contrato.

Por el contrario, la decisión administrativa previa (tal y como está formulada esta regla) es siempre necesaria, su ausencia impide todo proceso administrativo. El acto de la Administración en vía administrativa es un acto administrativo unilateral y no se puede equiparar, en consecuencia, a un contrato, como ocurre en el juicio de conciliación; además, es muy difícil que la Administración esté dispuesta a avenirse o transigir (8).

5. LA DECISION PREVIA, PRESUPUESTO PROCESAL PARA RECURRIR EN VIA CONTENCIOSA

La consideración más generalizada, tanto en la doctrina como en la legislación y jurisprudencia de la mayoría de los países, estima que la regla de la decisión previa no es más que un requisito

(8) GUAITA, A.: "Doce clases de reclamaciones". D.A., nº 122, 1968, pág. 15 y s., nota nº 12.

procesal para acceder a la vía contenciosa administrativa, y desde esta óptica se ha venido enfocando el problema.

Como ejemplo de la actitud señalada, en España, el Profesor Jesús González Pérez opina que el contencioso administrativo tiene como objeto la revisión de un acto administrativo, siendo preciso una manifestación de voluntad de la Administración en relación a la cual la pretensión se formula. "... para que sea admisible una pretensión ante la jurisdicción contencioso-administrativa es necesaria la existencia previa del acto administrativo, y que la pretensión se deduzca precisamente en relación a un acto administrativo..." (9).

En Francia, un precepto legal justifica su aplicación la que se ha ido ampliando hasta alcanzar una completa generalización, excepto en materia de obras públicas.

La doctrina moderna critica la existencia de este regla por carecer de fundamento jurídico. (Más adelante nos referiremos a la doctrina francesa con mayor amplitud).

Alemania ofrece un sistema muy desarrollado y perfeccionado de acciones contra la actitud pasiva de la Administración. La regla de la decisión previa se considera como: a) absolutamente

(9) GONZALEZ PEREZ, J.: "Derecho Procesal Administrativo", T. 2º, pág. 452 y s. GARCIA TREVIJANO: "Tratado de Derecho Administrativo", T. 1º pág. 447. Ideas similares sostiene en la Argentina FIORINI: Op. cit. pág. 86, al expresar "La declaración previa es un elemento procedimental esencial para la interposición del recurso, sin perjuicio de los caracteres del procedimiento previo para obtener la decisión denegatoria".

imprescindible en las demandas de anulación; b) su exigencia es discutida en las demandas de imposición, sin ser preciso un acto administrativo, sino cualquier actividad de la Administración; se trata de un simple requisito procesal de admisibilidad; c) en las llamadas "demás cuestiones de derecho público", no se considera necesaria.

El jurista alemán Bettermann dice al respecto: "Yo nunca he podido comprender por qué la jurisprudencia limita la demanda a los actos administrativos, ya que no existe ningún motivo lógico para tratar procesalmente de forma distinta la denegación o desatención de un acto administrativo que la no ejecución de las demás acciones de la Administración" (10). En Alemania, pues, la regla tiene una aplicación rígida.

Suiza ofrece un sistema muy completo de protección jurisdiccional. Además de las formas ordinarias de anulación e imposición, se establece una diferenciación entre la llamada jurisdicción posterior y la jurisdicción originaria. La posterior actúa después de que la Administración ha resuelto, basándose en un acto de la misma; la originaria, aún sin necesidad de que la Administración haya actuado. La existencia de esta jurisdicción se basa en la concepción liberal del Estado y en la teoría del Estado Federal, principios fundamentales en el ordenamiento jurídico suizo. Se observa que en el sistema suizo tampoco es imprescindible el principio de la decisión previa para la intervención jurisdiccional del control sobre la administración, canalizándose por la jurisdicción originaria (11).

(10) Cita tomada de NIETO: Op. cit., pág. 101. Este artículo ofrece un estudio muy completo de la situación en Alemania. Cfr. págs. 88 a 103.

(11) NIETO: Op. cit., págs. 103 y ss.

En Austria la situación es diferente al existir una normativa muy importante del procedimiento administrativo, que regula de manera predominante la actividad administrativa. Ya antes hemos hecho referencia a la importancia dada, en este país, a los estudios de procedimiento administrativo sobre los conten
ciosos. El orden jurídico establece una serie de instituciones de protección a los particulares contra la pasividad de la Administración, imponiéndosele a la Administración la obligación de actuar; de no hacerlo así, se traslada la competencia al ór
gano superior; si éste tampoco actúa queda abierta la vía ju
risdiccional.

En America Latina, esta exigencia se encuentra consagra
da en la mayoría de las legislaciones, y la doctrina suele referirse a ella como una de las condiciones de procedibilidad, bajo la denominación de agotamiento de la previa reclamación administrativa.

Esta regla se encuentra tanto en aquellos países que han organizado un verdadero sistema contencioso-administrativo (Costa Rica) como en aquellos donde la revisión administrati
va se efectúa a través de los tribunales ordinarios (Perú). Es
pecial importancia tiene, para nosotros, la aplicación de este privilegio en los países que han establecido el llamado "Juicio de Amparo" (México, Nicaragua).

En Venezuela no hay Ley de lo contencioso administrativo, ni tribunales especiales, pero la Constitución (artículo 206) establece que esa jurisdicción corresponde a la Corte Supre
ma de Justicia y a los tribunales que determine la ley. La re

gla de la decisión previa es necesaria para iniciar el proceso, debiendo agotarse la vía administrativa, "esto es, que no quede pendiente algún recurso ante la Administración" (12).

La exigencia de un acto administrativo está considerada por muchos como un presupuesto del recurso contencioso-administrativo; en ese orden de ideas Berçaitz dice: "Para la procedencia del recurso se requiere, como queda dicho, la existencia de un acto administrativo definitivo que cause estado, es decir contra el cual no cabe recurso alguno dentro del orden administrativo, no por haberse dejado vencer los términos para deducirlo, sino por haberse agotado la vía administrativa" (13). Señala además que se discute la naturaleza del acto que puede dar origen al recurso contencioso-administrativo; para unos, debe ser un acto regido por el Derecho Administrativo siendo indiferente que el acto vulnerado sea civil o administrativo; para otros, el derecho o interés vulnerado debe ser administrativo. Berçaitz considera que el derecho violado puede ser o no de origen administrativo y que la decisión que vulnera ese derecho es la que debe tener carácter administrativo excluyendo

(12) SARMIENTO NUÑEZ, J. R.: "El procedimiento contencioso-administrativo en la Corte Suprema". Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia Nº 18, 1966, pág. 91
BREWER CARIAS: "Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana" Caracas 1964;
ANTONIO MOLES-CAUBET: "Vicisitudes del Procedimiento administrativo venezolano". RISA, 1972, págs. 270-276.

(13) MIGUEL ANGEL BERCAITZ: "Proceso y procedimiento contencioso-administrativo", RAP Nº 44, 1961, pág. 131.

por consiguiente los actos de carácter privado.

Entre los autores Argentinos se considera indispensable la existencia de una decisión administrativa previa expresa o tácita (Silencio Administrativo), pues el recurso no procede contra hechos materiales (14).

No es este el momento ni el sitio adecuado para entrar en un análisis exhaustivo del Juicio o Recurso de Amparo; no obstante, haremos unas breves anotaciones por la relación que presenta con nuestro estudio.

El Juicio de Amparo es un medio de control de la Constitucionalidad, considerado -por algunos- como un sustituto de lo contencioso-administrativo. Sin embargo, creemos que no es un verdadero contencioso-administrativo, entre otras causas, por la desvinculación que existe entre la sentencia de Amparo y la revocación del acto, que impide al fallo crear o dar nacimiento a un nuevo acto. El Amparo no es un procedimiento especializado, pensado, estructurado con la finalidad de examinar los actos administrativos; por otra parte, es insuficiente para los casos de reparación patrimonial, etc. (15).

La Jurisprudencia nicaragüense, en reiteradas ocasiones

(14) FIORINI, B.: "Qué es el Contencioso", págs. 82 y ss.; BIELSA: "Sobre lo Contencioso-administrativo", Págs. 158 y ss.

(15) HUMBERTO BRISEÑO SIERRA: "El Proceso Administrativo en Iberoamérica" págs. 228 y ss. Después de estudiar los puntos comunes que ofrecen estos países señala, como una de las características más importantes "la carencia de un verdadero contencioso-administrativo en la mayor parte de los países". Pag. 335.

ha estimado que "el recurso de Amparo es tan sólo una institución eminentemente conservadora de la Constitución de la República" (S. 31 Marzo, 1925, B.J. 4881). Más recientemente, y refiriéndose a la Ley de Amparo de 1950, dijo que en la ley actual el amparo sólo se refiere a las infracciones de la Constitución o leyes constitutivas, salvo que a través de la violación de leyes secundarias se infrinjan aquellas. La Ley de Amparo de 1948 lo establecía por la infracción de leyes secundarias. (S. 29 Agosto, 1966, B.J. 215/1966. Cons. I).

Sin abundar en mayores detalles, hay que señalar que el recurso procede contra actos de autoridad (S. 11 Octubre 1939, B.J. 10714 y más recientemente, entre otras, S. 5 Abril 1961, B.J. 20368) pero no está instituido para corregir todas las injusticias de la Administración sino sólo la violación de disposiciones constitucionales (S. 23 Septiembre 1946, B.J. 13607); debiendo citarse en el recurso las leyes constitucionales violadas, no las secundarias (S. 3 Mayo 1962, B.J. 199/1962; S. 6 Septiembre 1929, B.J. 7135; S. 3 de Junio 1929, B.J. 7018, etc.).

Respecto al tema de la decisión previa, esta exigencia se encuentra implícita, al establecerse que el recurso de Amparo procede únicamente contra "actos" de autoridad. Numerosas sentencias, señalan además la improcedencia del Amparo si antes no se ha agotado la vía administrativa, así en la sentencia del 1 de Septiembre de 1969 (B.J. 219/1969), la Corte Suprema de Justicia dijo que no había lugar a Amparo contra el Consejo Nacional de Transporte por haber autorizado a una

empresa una ruta que hacía competencia al recurrente, fundándose en que no había apelado de tal autorización (16).

6. PRIVILEGIO DE LA DECISION PREVIA. VIA ADMINISTRATIVA PREVIA A LA JUDICIAL. APURAR LA VIA ADMINISTRATIVA. PRIVILEGIO DEL PREALABLE Y LA REGLA DE LA DECISION PREVIA, GESTION Y RECLAMACION PREVIA.

Relacionados con la regla de la decisión previa se encuentran otros privilegios que conviene mencionar, anotando las relaciones que guardan entre sí y, si es preciso, sus diferencias.

Así, el privilegio de la vía administrativa previa a la judicial supone que la Administración debe de pronunciarse, expresa o tácitamente, antes de poder demandarla ante la jurisdicción ordinaria. A primera vista, su relación con el privilegio de la decisión previa es muy estrecha, aunque sea posible señalar algunas diferencias. La regla de la decisión previa opera cuando la Administración actúa en su faceta jurídico pública, en tanto que el privilegio de la vía administrativa previa a la judicial se aplica cuando ella actúa con su faceta privada. Unos ejemplos ayudarán a aclarar esto. Cuando un contratista de la Administración pública (construcción de una carretera) quiere obtener algo de ella, lo solicita en vía administrativa para, caso de serle denegada, contar con un acto previo y poder luego impugnar ese acto en vía contencioso-administrativa. Se explica porque el contrato que liga al particular con la Administración es un contrato administrativo y la relación existente es jurídico-administrativa.

(16) Entre otras sentencias cfr. S. 2 Julio 1965, B. J. 201/1965; S. 10 Julio 1968 B. J. 152/1968. (Antes de interponerse Recurso de Amparo debió pedirse el Recurso de Revisión); S. 28 Septiembre 1946 B. J. 13625; S. 15 Junio 1948, B. J. 14285; S. 16 Septiembre 1949 B. J. 14809; S. 13 Octubre 1937, B. J. 9886; S. 5 Octubre 1916 B. J. 1332; S. 28 Octubre 1915, B. J. 952, etc.

Pero cuando se trata de hacer valer derechos de carácter privado frente a la Administración (el propietario de un inmueble que quiera desahuciar a la Administración arrendataria), por tratarse de una relación jurídico-privada, tendrá que agotarse previamente la vía administrativa para poder impugnar ese acto ante los tribunales ordinarios. El acto resolutorio en el primer caso es impugnabile ante la vía contencioso-administrativa. En el segundo caso, lo es ante los tribunales ordinarios aunque la resolución recaída sea un acto administrativo.

Como la estructura administrativa se basa en la jerarquía, para poder impugnar un acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa es preciso pasar antes por los grados jerárquicos que determina la ley, o sea apurar la vía administrativa. Se trata de obtener un acto que cause estado en vía administrativa, es decir, definitivo a efectos de recursos contencioso-administrativos.

El requisito de apurar la vía administrativa se distingue del privilegio de la decisión previa; efectivamente, apurar la vía administrativa significa atravesar los grados jerárquicos señalados por la ley para que un acto sea impugnabile ante la vía contenciosa (claro está que el acto no debe proceder del grado jerárquico más alto del organismo de que se trate). En tanto que en el privilegio de la decisión previa, la Administración se pronuncia con el fin de obtener un acto administrativo impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que tal es la finalidad, señalada por las legislaciones, de este privilegio (17).

(17) GARCIA-TREVIJANO: Op. cit., págs. 448 y s.

Por otra parte, hay que formular una distinción entre los términos, de origen francés, del "privilegio del préalable" y de "regla de la decisión préalable". El privilegio del préalable o de la declaración unilateral hace alusión a actuación propia y autotutela, surge de la potestad que tiene la Administración de tomar decisiones ejecutorias por sí misma sin necesidad de un juez (18). En tanto que la regla de la decisión previa consiste en el privilegio de que goza la Administración de no poder ser demandada delante de la jurisdicción administrativa, sin la existencia de un acto previo, contrario a la petición formulada delante de la Administración.

También se suele distinguir entre gestión y reclamación previa. Bielsa atribuye a la gestión una idea demasiado genérica y vaga, insusceptible de interrumpir la prescripción; en tanto que la reclamación tiene virtualidad jurídica de recurso. "Un simple pedido de que se le acuerde o reconozca algún derecho al peticionario es, sin duda, una gestión del administrado, pero no una reclamación contra un acto" (19).

7. NATURALEZA JURIDICA

El presupuesto procesal de la regla de la decisión previa ha sido objeto de numerosas teorías que tratan de explicar su natu

(18) La decisión ejecutoria ha sido catalogada entre los sistemas de autodefensa por la moderna doctrina procesal. Cfr. ALCA LA-ZAMORA Y CASTILLO: "Proceso, autocomposición y autodefensa". México, 1955, pág. 168.

(19) BIELSA, R.: Op. cit. pág. 162.

raleza jurídica. Pasaremos revista a alguna de ellas.

7.1. Teoría de Edouard Laferrière y de Bouchené-Lefer.

Según esta teoría, la creación del contencioso depende de la decisión administrativa previa. En efecto, para que se produzca un litigio -que es lo que examina la jurisdicción contencioso-administrativa-, es necesaria una oposición de pretensiones, y la oposición de pretensiones para Bouchené, no se produce sino hasta que la autoridad ha tomado una decisión, decisión que constituye un acto de autoridad. Más tarde, Laferrière consideraría como objeto del debate contencioso la decisión tomada previamente por el administrador, decisión considerada por el particular como contraria a su derecho. Esa decisión -continúa Laferrière- constituye en alguna manera la materia prima del debate contencioso, si ella no existe, entonces es necesario que la parte la provoque con el fin de poder recurrir ante el juez. En tanto que la Administración no ha desestimado la pretensión del demandante, no hay dos pretensiones opuestas, lo que constituye la esencia de todo proceso.

Crítica. La oposición de pretensiones puede existir, y de hecho existe, aún antes de la decisión previa. Por otra parte, el razonamiento de Laferrière es lógicamente impecable; ahora bien, ¿por qué no se aplica la regla de la decisión previa a todos los otros procesos? (En derecho francés, no se exige en los otros procesos un juicio de conciliación). Esta teoría presenta un grave peligro: el de no poder interpretar la inactividad de la Administración, pues

Gouttenoire considera que hay silencios que constituyen una manifestación de voluntad pero que no se han materializado; considera que el silencio tiene siempre un significado, se exige una decisión formal, pero la materia prima del recurso existe. (20)

7.2. Teoría de Hauriou

Hauriou considera que la aceptación de la instancia es necesaria para la existencia del proceso y que en Derecho Administrativo ella se realiza por el acto de la decisión previa. En Derecho Administrativo, señala, no existe el proceso por contumacia, aportando como argumentos de tipo histórico el que, desde la Grecia de Homero, la Roma de los reyes y el Derecho canónico, siempre ha sido necesaria la Aceptación de la instancia para la existencia del proceso.

Para Hauriou, las jurisdicciones administrativas no acoguen los recursos contra la Administración, sino a condición de que esos recursos tomen la forma neutra de recurrir contra un acto, no contra las personas, para evitar susceptibilidades de la Administración.

Crítica. Si bien Hauriou ofrece argumentos de orden psicológico e histórico, y si bien en el derecho privado el acreedor puede obligar al deudor a concurrir a la instancia, en materia administrativa, en cambio ¿cómo se puede obligar a la Administración a aceptarla si ella opone la fuerza de la inercia?.

(20) GOUTTENOIRE, R.: "Le Silence de l'Administration", París 1932, pág. 17. WALINE, : Op. cit., pág. 154.

Hasta 1953 la regla se aplicaba excepcionalmente ante los consejos de prefectura, frente a ese hecho Waline se pregunta: ¿por qué, entonces, evitar las susceptibilidades de la Administración antes de demandarla ante el Consejo de Estado, ahora que no habría ninguna necesidad de tomar precauciones para atraerla delante de las jurisdicciones administrativas inferiores? (21).

7.3. Teoría de Artur.

Esta teoría es esencialmente histórica; después de examinar la teoría del ministro-juez y su desaparición, señala que se conservó la exigencia de una decisión previa para poder recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa (Consejo de Estado, entonces). Concluye que el ministro-juez actúa como un juez de primera instancia, el ministro es un juez de derecho común y la decisión previa presenta carácter jurisdiccional.

Crítica. La teoría de Artur históricamente es aceptable y tiene el mérito de haber señalado el origen de la regla de la decisión previa. Las observaciones históricas de Artur acerca del origen de la regla vinculándola a la teoría del Ministro-Juez han sido seguidas más tarde, entre otros, por Gouttenoire, Waline, Laubadère, etc. Lo que no es aceptable es la conclusión de que la decisión previa constituye un acto jurisdiccional.

(21) WALINE, .: Op. cit., pág. 159. GOUTTENOIRE R.: Op. cit., págs. 18 yss.

7.4. Teoría de Otto Mayer y de Carré de Malberg.

Consideran que el Consejo de Estado (tribunal administrativo de entonces) actuaba como tribunal de casación, tendiente a lograr la anulación de un acto administrativo dictado por un tribunal administrativo, de aquí la necesidad de una decisión previa.

Crítica. En esa época, antes de la reforma de 1953, no podía calificarse al Consejo de Estado como un tribunal de casación. Gouttenoire señala que hay diferencias entre un tribunal de casación y el Consejo de Estado. Este tribunal examina los hechos calificados por el juez de fondo y examina además si la regla de derecho ha sido bien aplicada a los hechos calificados; pero no examina el fondo del asunto ni analiza la oportunidad, tal y como sucede en materia civil, criminal, comercial, etc. El Consejo de Estado puede examinar el fondo del asunto, algunas veces puede hasta examinar la oportunidad si el fondo del asunto así lo requiere (22).

En la época de Mayer, Carré de Malberg y Gouttenoire, es decir antes de la reforma de 1953, no podía calificarse al Consejo de Estado como un tribunal de casación.

7.5. Teoría de Gouttenoire.

Parte de un hecho histórico, del carácter trascendental de la Administración, deducido por los revolucionarios

(22) GOUTTENOIRE, R.: Op. cit., págs. 25 y ss.

franceses del concepto de soberanía nacional; consecuentes con ese postulado asignaron al Consejo de Estado, originalmente, un papel accesorio con jurisdicción retenida. Posteriormente, al actuar el Consejo de Estado con jurisdicción delegada, se produjo una confusión de funciones al admitirse que un funcionario del orden administrativo podía ser juez, confusión que permitía dudar sobre la naturaleza jurídica de la decisión previa. A esto habría que agregar la centralización administrativa según la cual, para que inter venga la jurisdicción contencioso-administrativa, se precisa la existencia de una decisión de un organismo administrativo competente. Hasta el período de 1880-1890, se exigía en Francia una decisión ministerial, obligación que desapareció con el Arrêt Bougard 1881, que elevaba al ministro al rango de juez. La exigencia desapareció al abrirse la descentralización y el reconocimiento de la autonomía de varios organismos.

Para Gouttenoire, la decisión previa constituye un acto administrativo que condiciona la situación jurídica del interesado. Señala como efectos: los de reducir el número de litigios y gastos innecesarios. Pero ¿y si la Administración no da ninguna respuesta? Aquí entraría en juego la regla del silencio administrativo (23).

7. 6. Otras opiniones de la doctrina

Con este título, englobamos aquellas opiniones de diferentes

(23) GOUTTENOIRE, R.: Op. cit. págs. 32 y ss. La figura del ministro juez desapareció con el arrêt Cadot del 13 de Diciembre de 1889.

autores que, en mayor o menor grado, son reconducibles a las teorías anteriormente expuestas, presentando, claro está algunos rasgos y características particulares que dependen tanto de la interpretación personal, como del ordenamiento jurídico tratado.

En primer lugar tenemos las consideraciones de Waline y Laubadère, que presentan rasgos en común, como la consideración de la regla de la decisión previa como una supervivencia histórica de la teoría del ministro-juez, y su mantenimiento por razones de orden práctico. Casi en el mismo orden de ideas, Isaac señala la importancia de la regla de la decisión previa no tanto como un presupuesto procesal para acceder ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino como una exigencia para recorrer la vía administrativa. Y desde este sentido, creemos, debe ser enfocado el problema.

Waline afirma el carácter anormal de esta regla considerándola como una secuela de la antigua teoría del ministro-juez, y que se conserva por su carácter práctico al jugar un papel preliminar de conciliación. Caso de darse una inercia administrativa se presenta la regla del silencio administrativo (24).

Laubadère opina que, para recurrir ante el juez administrativo, debe existir una decisión previa contraria a la pretensión del recurrente, y si esta no existe, debe provocarse. La jurisprudencia ha interpretado esta exigencia con bastante liberalidad al considerar como decisión previa suficiente una de

(24) WALINE, : Op. cit. págs. 158 y s.

cisión verbal (C. E. , 2 de Junio 1938, Castellani, pág. 505).

Para Laubadère, la regla no es más que una supervivencia histórica de la antigua doctrina del ministro-juez. En su desarrollo ha demostrado un valor práctico y útil, al permitir precisar las divergencias entre los puntos de vista de las partes; es susceptible, entonces, que juegue un papel de preliminar de conciliación (25).

Isaac señala que la regla de la decisión previa aparece progresivamente en Francia distinguiendo varias etapas: 1ª) teoría del ministro-juez; 2ª) teoría de la "liaison de contentieux" (Laferrière, Hauriou) según la cual la decisión administrativa constituye, de alguna manera, la materia prima del debate contencioso; 3ª) teoría de la decisión previa para la que la vía procedimental administrativa es obligatoria, seguida por la mayor parte de los autores modernos. Se trata de un medio técnico mediante el cual el Derecho Administrativo francés impone una instancia administrativa previa a todo recurso contencioso. En esa instancia, la Administración debe pronunciarse de acuerdo a las reglas del procedimiento administrativo.

La regla de la decisión previa presenta para Isaac varias ventajas, así: a) protege a la Administración, pues antes de ser llevada a los tribunales contenciosos, se le concede la oportunidad de tomar una posición sobre la cuestión litigiosa; b) protege a los administrados, al impedirles formular

(25) DE LAUBADERE, A.: "Traité élémentaire de Droit Administratif", 5ª ed., París, 1970, T. 1º, pág. 466.

recursos supérfluos; c) facilita la tarea del juez, al obligar al recurrente a atacar solamente la decisión previa, y el debate contencioso se limita al exámen del conterido de esa decisión. Para él, lo importante no es que hayan unas decisiones ni unas reclamaciones previas, sino que haya un exámen procedimen-- tal administrativo de la propia Administración. Señala cómo es ta solución ha ido ganando progresivamente varios sectores has ta que la Ley del 17 de Junio de 1956 la hizo extensiva a todas las jurisdicciones administrativas, salvo texto expreso, en con trario; consagrado, más tarde, por el decreto del 11 de Enero de 1965.

Isaac se muestra partidario de la solución dada por la ley austríaca de 1925 (además de otras legislaciones) al consa-- grar que, antes de intentar el recurso contencioso, es nece-- sario agotar la vía administrativa mediante los correspondien tes recursos administrativos (26).

La moderna doctrina insiste en la falta de fundamento jurí dico de la regla de la decisión administrativa, aunque justifi ca su existencia por razones de orden práctico. Así Charles Debbasch la considera positiva en la hipótesis de una decisión administrativa sin formular, permitiendo a la Administración conocer previamente el objeto de la pretensión teniendo así la oportunidad de precisar su propio punto de vista; áhora bien, puede suceder que ella estime justificada la pretensión, y en ese caso, se evita acudir a los tribunales; o bien que confir me su oposición y el perjudicado puede introducir un recurso

(26) ISAAC, G. : "La procédure administrative non conten-- tieuse", págs. 655 y ss.

cuyo objeto queda perfectamente circunscrito por la decisión previa que cumple así un papel de preliminar de conciliación (27).

La doctrina española, en su generalidad, parece dar por sentado que los recursos contenciosos-administrativos han de apoyarse en un acto administrativo expreso o tácito espontáneo o provocado. Como ejemplo de esta postura, señalábamos las consideraciones del profesor González Pérez quien estima que la regla del acto previo es un requisito procesal: "Desde un punto de vista procesal, por tanto, la existencia previa del acto administrativo o disposición reglamentaria y las circunstancias que deben concurrir para ser susceptible de impugnación constituyen un presupuesto procesal" (28).

Por tratarse de un presupuesto procesal, estima González Pérez que su tratamiento jurídico queda sujeto a las reglas siguientes: a) puede ser apreciado de oficio por el órgano jurisdiccional; b) en principio, no se trata de un defecto subsanable; c) puede ser apreciado en el trámite de de--

(27) DEBBASCH, C.: "Droit Administratif", 2ª ed. págs 517 y ss. Cfr. del mismo autor: "Institutions Administratives" París, 1966, pág. 217.

(28) GONZALEZ PEREZ: Op. cit. T 2º, pág. 455 Cfr. MARTIN MATEO, R.: "Manual de Derecho Administrativo", pág. 290. GARCIA-TREVIJANO -en op. cit. T. 1º, pág 447- considera esta regla como un privilegio hacia dentro.

fensas previas, o al dictar sentencia.

La exigencia del privilegio de decisión previa para recurrir en la vía contenciosa puede llevar a pensar que el proceso contencioso es un proceso de apelación o revisor de la vía administrativa (29). En cierto sentido podría aceptarse tal idea, dada la obligatoriedad legal de tal precepto. Hemos señalado, sin embargo, la autonomía de ambos caminos: en donde termina uno, allí empieza el otro. La decisión obtenida en vía administrativa fija entonces los términos de la pretensión que se pueda aducir ante la jurisdicción contenciosa. Este regla debe estudiarse autónomamente, y si bien la decisión recaída en vía administrativa fija los límites del recurso contencioso, ante la jurisdicción administrativa, no constituye una apelación de tal decisión, entre otras razones por discurrir ambas en distintos planos; mientras la decisión previa se pronuncia en vía administrativa, el exámen jurisdiccional se hace ante los tribunales, y esto es justicia. Puede hablarse con toda propiedad de apelación en la vía jerárquica administrativa, o de apelación ante los tribunales de justicia de distinto grado; pero no de apelación de un acto de la Administración ante los tribunales de justicia (contencioso-administrativos). En este orden de ideas, Fiorini expresa que "El recurso contencioso-administrativo no puede identificarse con la apelación, puesto que es una acción jurisdiccional con modalidades especiales" (30).

(29) PARADA VAZQUEZ, J.R. : "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", RAP, nº 55, 1968, pág. 106.

(30) FIORINI, : Op. cit. pág. 87

Siguiendo tales conceptos, se llega hasta expresar que, si la Administración no resuelve espontáneamente una cuestión es preciso provocarla para obtener así una decisión y poder recurrir ante la jurisdicción contenciosa. Para ello es necesario contar con una decisión previa. Guaita dice: "En todo caso, expreso o presunto, es siempre indispensable un acto administrativo "desfavorable" para poder acudir a la jurisdicción contenciosa, pues nuestro proceso administrativo no conoce ninguna excepción al principio del acto previo" (31).

Refiriéndose al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico española, Guaita señala que caben tres posibilidades en las cuales el acto previo es siempre imprescindible: a) cuando el perjudicado opte por la vía administrativa: habrá por lo tanto acto administrativo previo a la vía contenciosa; b) cuando se trate de hechos o actos no impugnables en la vía contenciosa: se pide entonces indemnización a la Administración, y, por consiguiente, habrá también acto previo; c) cuando el acto sea im--pugnable en vía contenciosa y se opte por ella, es decir, el acto previo. Pero, añade, al presentarse un recurso contencioso pueden formularse peticiones no deducidas anteriormente en vía administrativa, -concretamente la indemnización de daños y perjuicios-, lo que no pugna con el carácter revisor de la justicia administrativa, pues el acto previo existe y lo que se pide está ya contenido en la ilegalidad del acto recurrido. Pero la jurisprudencia no parece ser de esa opinión; Guaita cita el caso de un ingeniero trasladado de Madrid a Valladolid, el interesado recurrió en vía contenciosa pidiendo tanto la anulación de aquella medida como la indemnización de los daños y perjuicios que

(31) GUAITA, A.: Op. cit. pág. 14 y nota nº 1, págs. 14 y s.

por la misma se le habían irrogado. La sentencia del 2 de Mayo de 1966 estimó el recurso, anuló la orden de traslado y repuso al interesado en Madrid; pero la pretensión de indemnización la desestimó porque no había sido deducida previamente en vía administrativa ni, en consecuencia, existía nada revisible sobre este extremo en vía contenciosa.

II. EL DEBER DE ACTUACION ADMINISTRATIVA

8. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION

Pese al deber de actuación de la Administración, a menudo permanece inactiva, incumpliendo de esta manera con los fines que el ordenamiento jurídico le señala y que la sociedad reclama.

La inactividad de la Administración, señalábamos con Nieto, puede entenderse en dos sentidos: inactividad material e inactividad formal. La inactividad material consiste en una pasividad de la Administración, en un no actuar cuando debiera de hacerlo dentro del marco de las competencias señaladas por el ordenamiento jurídico. La inactividad formal se refiere a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares (32).

Refiriéndonos a la inactividad material de la Administración, pareciera que los medios de defensa señalados por el Derecho Administrativo tradicional son insuficientes para obligarla a actuar cuando ella opone la fuerza de la inercia. Al administrado, desde

(32) NIETO, : Op. cit. pág. 80

luego, le queda la posibilidad de recurrir ante el superior jerárquico del funcionario negligente y presentar alguna queja o recurso, pero nada puede impedir que el superior, por una mal entendida solidadaridad, permanezca también inactivo.

La inactividad formal de la Administración se da dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares, existiendo el deber constitucional de contestar esa petición y aún más de comunicar lo resuelto (arto. 117 CN). Frente a la petición o reclamación formulada, la Administración permanece inactiva, guarda silencio y "El silencio es la forma de abstención y de inercia procesal más sutil y peligrosa para los administrados. La más sutil en efecto, porque la Administración evita así pronunciarse sobre la validez de la petición que se le ha dirigido. Es peligrosa para los administrados ya que no pueden saber si se les ha concedido la petición" (33).

Pueden señalarse algunas causas que originan la lentitud del actuar administrativo, o sea la no resolución de las peticiones o reclamaciones que les sean presentadas dentro de los plazos prescritos por las leyes: 1º) por el excesivo trabajo en los órganos administrativos que es consecuencia directa del mal funcionamiento de un servicio público y de la falta de racionalidad en la distribución del trabajo; 2º) la negligencia funcional, sea por el pluriempleo, por la postergación que sienta un funcionario de ocupar un cargo más bajo del que cree le corresponde, o bien por dedicar sus energías y su tiempo para su promoción personal frente a los jefes o para halagar los superiores, o por dedicarse, en las ho-

(33) ISAAC, G.: Op. cit. pág. 345.

ras de trabajo, a la propaganda política para "hacer méritos" frente al "jefe" o jefes que determinan más tarde los "nombramientos"; 3º) por la abstención voluntaria, la que puede producirse por diferentes razones (animadversión personal, animadversión política), razones que son de difícil demostración; 4º) por otros motivos (temor a resolver las peticiones o reclamaciones por falta de conocimientos técnico-jurídicos), etc. (34)

Ahora bien, el particular no puede quedar desamparado frente a la inactividad formal de la Administración; pero tampoco puede recurrir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa pues en virtud del privilegio de la decisión previa, lo que se impugna es un acto administrativo (la decisión desfavorable que resulte después de haber agotado la vía administrativa); en este caso de la inactividad formal de la Administración, surge la institución del silencio administrativo para proteger a los particulares.

9. EL DEBER DE ACTUACION DE LA ADMINISTRACION

La obligación que existe para el Estado y sus funcionarios de asegurar el orden y la justicia, es un deber admitido sin objeción alguna. Esa obligación se traduce, generalmente, en un deber de actuación conforme al principio de la legalidad. Así, la actuación de los tribunales de justicia se ha venido considerando como fundamental para la existencia del ordenamiento jurídico, a

(34) BOLEA FORADADA, J. A.: "El retraso de la Administración y el silencio de la Administración", RAP, Nº 51, 1966, págs. 303-318.

tal punto que su obligatoriedad se ha convertido en un postulado básico del derecho. Pero este deber de actuación no afecta únicamente a los organismos judiciales, sino que además encuentra perfecta aplicación en el seno de la Administración pública, sobre todo si se toma en cuenta que, dada la creciente complejidad de las relaciones sociales, políticas y económicas, tiende a convertirse en conformadora de la sociedad misma. El deber de actuación de la Administración está instituido en beneficio de los particulares, de la sociedad y aún de la Administración misma.

10. EL DEBER DE ACTUACION DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

El origen del deber de actuación de los tribunales de justicia se encuentra en la organización jurídica de Roma, pudiéndose decir que el prodigioso desarrollo alcanzado por el Derecho Romano es explicable, en parte, por el funcionamiento normal de la justicia.

Durante la edad media, muchos de los grandes principios contruidos por el Derecho Romano se obscurecieron y debilitaron, debido, principalmente, a que la soberanía se había desmembrado. A pesar de esa fragmentación, se mantuvo la obligación según la cual los señores debían impartir justicia; conviene hacer notar el hecho de que inicialmente, en esa época, la Administración y la justicia aparecían confundidas; más tarde la justicia se separó adquiriendo su propia configuración. En este período destaca la influencia de los canonistas, quienes contribuyeron considerablemente al desarrollo del derecho;

Santo Tomás de Aquino, en la "Summa Teológica" y "El Gobierno Real", hacía mención al deber de impartir justicia, considerándolo como una de las obligaciones fundamentales que todo gobierno tiene, considerado como bueno, de promover el bien común.

El derecho feudal consideraba dos clases de apelaciones que podían interponerse ante el soberano después de que el particular se había dirigido ante un señor para obtener justicia: a) por falso juzgamiento; b) por no haber impartido justicia, sustrayéndose de esa manera el Señor a la obligación de impartirla. La apelación se presentaba ante el tribunal del soberano y en el caso de resolución favorable al apelante, el soberano podía imponer una pena pecuniaria al señor, y además, retirarle el derecho de impartir justicia; estas severas sanciones se explicaban más bien por el provecho económico que sacaba el monarca de las penas pecuniarias, que por un pretendido afán de impartir justicia.

Posteriormente, al irse afirmando el poder central y el radio de acción del monarca, éste fué absorbiendo un número mayor de actividades, aunque durante un cierto tiempo se continuó manteniendo la obligatoriedad de la regla que obligaba a los señores a impartir justicia. Con el aumento del poder real y el incremento de la justicia del monarca se llegó a contemplar el caso del silencio de justicia; un ejemplo de esta situación lo constituía la obligación que los tribunales eclesiásticos tenían de pronunciarse; si no lo hacían, entonces los perjudicados podían quejarse ante el tribunal real.

Más tarde, y ya durante el período de la revolución francesa se utilizó el sistema del llamado "référé obligatoire" (ley 16-24 de Agosto de 1790, artículo 12, título 2º) según el cual los jueces no pueden dictar reglamentaciones, debiendo, por lo tanto, dirigirse al órgano legislativo las veces que sea necesario para la interpretación de la ley, o bien cuando consideren conveniente que se dicte una nueva norma (35).

El deber de actuación de los tribunales fué considerado por la comisión preparatoria del Código Civil francés, y en el artículo cuarto se estableció la obligación que tiene el juez de pronunciarse en todos los casos que le sean presentados. Roderer invocó el temor de los revolucionarios de que los tribunales hiciesen la ley, sin negar el peligro que ello significaba. Portalis alegó que entre dos males había que escoger el menor. Más tarde se recogió en el Código Civil francés (artículos 4 y 5 ó 6) que el hecho de guardar silencio constituyó denegación de justicia, llegándose, incluso, a considerar que la negativa del juez a impartir justicia originaba una doble falta: una falta de cara al demandante y otra de cara a la sociedad, estimándose que el juez negligente contraía una responsabilidad civil y criminal. Por otra parte, hay que tener presente que la denegación de justicia tenía que ser voluntaria, es decir, imputable al mismo juez, y no un fallo o consecuencia del sistema.

(35) GOUTTENOIRE, R.: "Le silence de l'Administration", París, 1932, Págs. 55-56 y ss.

11. EL DEBER DE ACTUACION DE LA ADMINISTRACION

Es un fenómeno innegable, y por todos aceptado, que al aumentar los fines y cometidos encargados a la Administración se extiende al mismo tiempo su radio de acción hasta llegar a constituirse en la gran protagonista de nuestro tiempo. Así no es igual la actividad desplegada por la Administración de un Estado abstencionista, a la que realiza un Estado intervencionista, en el cual la Administración asume una serie de tareas que pretenden conformar la sociedad sobre la que actúa. Las exigencias cada día más complejas de la sociedad moderna, las aspiraciones de los sectores menos favorecidos y las presiones provocadas por diferentes grupos de poder, exigen y reclaman una intervención administrativa, que algunos justifican mediante la invocación de principios tales como la igualdad social, la libertad, etc. De esta manera, se ha llegado a una conclusión y es la de que, únicamente, a través del actuar administrativo se puede asegurar una efectiva libertad a los ciudadanos; libertad que en nuestros tiempos debe ser, sobre todo, de tipo económico, para asegurar una verdadera igualdad de oportunidades que, desgraciadamente, tantas veces ha sido negada durante el Estado abstencionista.

Frente a ese creciente intervencionismo de la Administración y las prerrogativas y privilegios de que goza, se hace preciso instrumentar una serie de garantías a favor de los

particulares para permitirles una mejor defensa de sus derechos e intereses, sin perder de vista que la Administración actúa en beneficio del interés público. La noción de interés público aparece como una noción fluida que varía según los distintos momentos históricos, con un carácter prevalente, urgiendo, entonces, la creación de un adecuado sistema de garantías en beneficio de los administrados.

Pero el deber de actuar de la Administración al que nos referimos aquí, es, en cierto sentido, similar al de los tribunales de justicia; esto es, que la Administración tiene siempre el deber de pronunciarse cuando los administrados formulen toda clase de peticiones y pretensiones ante ella, e incluso de satisfacérlas cuando sean procedentes. Se trata de una situación positiva del administrado, consecuencia del ejercicio de la ciudadanía. La Administración debe actuar, sea para proteger un derecho vulnerado (una invasión de propiedad), conceder una autorización para el ejercicio de una determinada profesión, aceptar o denegar el ingreso a un centro de enseñanza, conceder una licencia de urbanismo, etc.

El deber que tiene la Administración de actuar se basa en consideraciones de distinto orden: políticas, económicas, sociológicas y jurídicas. En lo político se parte del supuesto axiológico de que el Estado, y por ende la Administración, deben estar al servicio del bien común, y para hacerlo efectivo, se precisa la actuación administrativa -bien sea de oficio o a petición de los particulares.

Económicas, pues la Administración al actuar conforma el sistema económico y las estructuras de producción a través de las técnicas de policía, fomento y servicio público o aún más cuando la guían criterios intervencionistas o de promoción de la actividad de los particulares, mediante concesiones, licencias, subvenciones, etc.

Sociológicas, pues la Administración pretende obtener la colaboración de los administrados en el desarrollo de su actividad, para lo cual debe crear un verdadero clima de confianza, dando respuesta a todas las pretensiones que le sean planteadas, no bastando como algunos creen, con un sistema de relaciones públicas y oficinas de información, sino que debe de existir, además, un deber jurídico que la obligue a actuar.

Las consideraciones jurídicas que pueden señalarse parten tanto de un imperativo jurídico, como de consideraciones que surgen propiamente de la estructura administrativa. El imperativo jurídico señalado nace en Nicaragua de la misma Constitución que prescribe, en su artículo 117, que "Toda persona tiene derecho de dirigir por escrito peticiones o reclamaciones a los Poderes Públicos y a las autoridades. Estos están obligados a resolver las peticiones o reclamaciones y a comunicar lo resuelto".

Tanto el derecho de petición como el de reclamación, en sus más amplias acepciones están garantizados por la misma Constitución, y su violación puede dar origen al juicio de Amparo por violación de una garantía constitucional, y como tal está concebida, pues el artículo 117 está incluido en el Título IV que trata de los "Derechos y garantías". Por otra parte, el mencionado artículo establece además la obligación que tienen los

funcionarios de los poderes públicos y autoridades, de resolver las peticiones o reclamaciones que se les formulen y el deber de comunicar lo resuelto. En consecuencia, el deber de actuación está plenamente garantizado en el ordenamiento jurídico nicaragüense con un alcance total, pues obliga a todos los poderes del Estado y a las autoridades en particular.

La actuación de un órgano administrativo debe realizarse dentro del marco de la competencia señalada por el ordenamiento jurídico (principio de la legalidad); la falta de competencia puede dar lugar a un recurso contencioso-administrativo de anulación. La propia idea de competencia está imbuída de las modernas preocupaciones de eficacia y de racionalidad material. Así, al buscar la eficacia, se tiende hacia una Administración de misión, ágil y dinámica, para ayudar a superar la esclerosis de la Administración tradicional; pero esa Administración de misión, a su vez, aparece como una fase transitoria hacia la configuración de una nueva Administración (36).

El deber de actuación de la Administración está instituido no solamente en beneficio de los administrados, sino también en beneficio de la misma Administración -por la confianza que suscita en los administrados y además por razones de eficacia-, de la comunidad, y por sus repercusiones en beneficio del interés general. De forma que, cuando la Administración actúa frente a las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados, está cumpliendo con el principio de la legalidad señalado por el ordenamiento jurídico.

(36) DEBBASCH, C.: "Institutions Administratives". París 1966, págs. 32 y ss.

Por otra parte, al actuar la Administración lo hace también guiada por la obligación que tiene de defender el interés público, además del interés individual, y, como señala el profesor Garrido Falla, "la lucha por el Derecho Administrativo se desarrolla necesariamente en dos frentes diversos; interesa, desde luego, la defensa de los intereses individua--les legítimos, pero interesa también tanto o más la defensa del interés público" (37).

Las funciones que el ordenamiento jurídico asigna a la Administración no se asignan para aumentar el poder de los distintos órganos de la Administración, sino más bien para que los utilice (un agente de tráfico ha de imponer la san--ción correspondiente ante una infracción). Es preciso que concurren ciertas condiciones de hecho para poder actuar. "No se trata, pues, de ámbito de actuaciones lícitas, sino de ámbitos de actuación necesaria" (38).

Las competencias que el ordenamiento jurídico otorga son competencias del órgano, no de la persona. Las com--petencias son indisponibles, es decir, no pueden renunciarse, sino que, por el contrario, deben ejercitarse. Sin embargo pueden señalarse algunas excepciones, tales como los casos de delegación, avocación e institución admitidos por el

(37) GARRIDO FALLA, F.: "Las transformaciones del régimen administrativo". Madrid, 1966, 2ª ed., pág. 167.

(38) MARTIN MATEO, R.: "Manual de Derecho Administrativo", Madrid 1970, pág. 167.

ordenamiento jurídico. En este sentido el artículo 120 de la Constitución Política nicaragüense señala que "Ningún poder público ni funcionario puede avocar causas pendientes ante autoridad competente".

12. DEBER DE ACTUACION DE LOS ADMINISTRADORES

La Administración para actuar debe hacerlo a través de sus funcionarios, esto es, por medio de los administradores. Para ello disponen de una serie de facultades y de deberes que les son señalados por el ordenamiento jurídico, o que se desprenden de él.

Los administradores disponen de facultades tanto respecto al procedimiento de formación de sus actos como de las impugnaciones que pueden formularse en vía administrativa (39). Respecto al procedimiento administrativo, los administradores pueden: 1º) emitir resoluciones de trámites por sí mismos, o bien delegarlas en un funcionario de menor jerarquía; 2º) decidir acerca de la procedencia formal de los recursos; 3º) la admisión formal de los recursos se hace al decidir sobre el fondo del asunto, no siendo necesario que se dicte un acto admitiendo un recurso y otro pronunciándose sobre el fondo, ya que existen razones de economía procesal que aconsejan la resolución conjunta de ambos puntos en un mismo acto; 4º) elevación al superior de los recursos y denuncias presentadas para su correspondiente resolución; 5º) impulsión e instrucción de oficio, conse--

(39) GORDILLO, A.: "Procedimiento y Recursos Administrativos", 2ª ed., Buenos Aires 1971, págs. 201 y ss.

cuencia del principio de instrucción de oficio; 6º) resolver expresamente acerca de las peticiones o reclamaciones presentadas (artículo 117 CN).

Respecto al fondo de los recursos, los administrados pueden revocar el acto dictado por un inferior jerárquico, o bien tratándose de un acto propio, la revocación puede ser total o parcial. Puede suceder, también, que no sea admitido el recurso, en cuyo caso el administrado tendría la posibilidad de impugnar el acto desestimatorio ante los tribunales contenciosos administrativos. Tanto en el caso de revocación parcial como en el desestimatorio, se cumplen los requisitos del acto previo si con ellos se agota la vía administrativa. Si es revocado totalmente el acto inicial se han evitado, de esta manera, trámites y recursos innecesarios, cumpliéndose así con alguno de los beneficios prácticos que presenta el privilegio del acto previo.

En cuanto a los deberes de los administrados citaremos, en primer lugar: a) el de facilitar la defensa del recurrente, respetando así la garantía de la defensa prescrita por la Constitución en artículo 49. Ahora bien, este respeto a la garantía de la defensa no ha de ser sólo negativo, dejando que los recurrentes se defiendan, sino que además debe dársele un carácter positivo, es decir, que el funcionario debe hacer todo lo posible para que esa defensa sea adecuada, sea facilitando la vista de las actuaciones, recibiendo los escritos, permitiendo la participación y el control de la prueba a los

administrados, etc.; b) impulsión de oficio en los trámites de formación del acto o de impugnación; c) el deber de decidir expresamente las peticiones o reclamaciones presentadas, consecuencia de la obligación señalada por el artículo 117 de la constitución; además se trata de un principio del Estado de Derecho y de la garantía de la defensa. Para ello deben señalarse términos precisos para la decisión.

En cuanto a la decisión, esta debe reunir ciertos carácteres: a) decisión de todos los puntos propuestos por las partes; b) debe fundarse en hechos comprobados; c) motivación de las razones jurídicas que primaron para que la decisión se pronunciara en un sentido u otro.

13. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Para que las garantías señaladas en beneficio de los administrados, y para que las facultades y deberes de los administradores sean efectivas, se precisa, además del imperativo jurídico de actuación, la existencia de un sistema de responsabilidades de los administradores. En los casos de irregular cumplimiento de sus funciones y de faltas a los deberes o facultades señaladas, los funcionarios serán responsables administrativamente, penalmente e incluso, civilmente.

El funcionario es responsable por los hechos y omisiones irregulares en el ejercicio de su función; la responsabilidad se da en primer lugar por el daño que pueda ser pecuniariamente estimado, y aún puede llegar a serlo por el daño moral

que pueda ocasionar un tercero. Que el funcionario pueda ser responsable de los daños causados, constituye uno de los medios de defensa más eficaces de que pueden disponer los administrados frente a los abusos de la Administración. Además, que permite perseguir al funcionario negligente realizándose a la vez una labor en beneficio de la misma Administración y de la sociedad en general.

En el Ordenamiento jurídico nicaragüense, la Constitución señala en su artículo 297 que "Los servidores públicos son personalmente responsables por violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa, y por cualquier otro delito o falta cometidos en el ejercicio de sus funciones, todo conforme a la ley". La Constitución llama servidores públicos a los funcionarios administrativos. La responsabilidad de los administradores está prescrita por el artículo 298 CN. al decir: "Los servidores públicos son personalmente responsables por los perjuicios que causaren por negligencia, por omisión o abuso en el ejercicio del cargo". Es decir que la responsabilidad tal y como está consagrada en la Constitución es sumamente amplia, abarcando la responsabilidad administrativa, penal y civil, dependiendo para su efectividad de la legislación ordinaria y de la aplicación que realicen los tribunales.

CAPITULO VI

EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACION

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Constitución Política de Nicaragua señala en su artículo 117 que: "Toda persona tiene derecho de dirigir por escrito pe ticiones o reclamaciones a los poderes Públicos y a las autoridades. Estos están obligados a resolver las peticiones o recla maciones y a comunicar lo resuelto". Es decir, que el ordenamien to jurídico nicaragüense consagra, de una parte, el derecho que tienen los ciudadanos de dirigir, por escrito, peticiones o re-- clamaciones a los Poderes Públicos y a las autoridades y, de otra , el deber que tienen esos Poderes Públicos y autoridades de resolverlas expresamente, y además a comunicar lo resuel to.

Del precepto señalado por la Ley fundamental, arranca la obligación que tienen los poderes públicos de resolver las pe ticiones o reclamaciones que les sean dirigidas y, aún más, no pueden dejar de resolverlas pues de lo contrario incumplirían ese deber constitucional. Como lógica consecuencia, los

jueces deben siempre pronunciar justicia, y, en caso de inactividad, violarían ese deber constitucional.

El deber de resolver las peticiones o reclamaciones formuladas obliga además a los otros poderes del Estado, especialmente a las autoridades administrativas, quienes no pueden dejar de resolver las peticiones o reclamaciones que les sean presentadas; pero no se trata de que las resuelvan de cualquier manera, sino que deben hacerlo expresamente. Esta afirmación la hacemos en atención a la última parte del precepto comentado, "Estos (las autoridades) están obligados a resolver las peticiones o reclamaciones y a comunicar lo resuelto", pues si no debieran resolver expresamente, no se comprende cómo podrían comunicar lo resuelto. ¿Cómo podría comunicarse, entonces, un hecho jurídico (inactividad) como es el caso del silencio administrativo?.

En definitiva, el problema del silencio administrativo no puede plantearse en el ordenamiento jurídico nicaragüense, pues las autoridades deben siempre resolver expresamente. Ahora bien, ¿por qué se presenta?, ¿cual es su finalidad?, ¿naturaleza jurídica?, etc, y en ultima instancia, ¿constituye una garantía a favor de los particulares o no?, y si así fuera ¿cómo hacerlo compatible con la obligación general que tienen todas las autoridades de pronunciarse?. ¿No será acaso un instrumento (manejado por el legislador, afinado por la jurisprudencia, y sistematizado por la doctrina) para hacer realidad las buenas intenciones programadas por el legislador constituyente, frente a la dureza de los acontecimientos del quehacer administrativo?.

Para responder a esos interrogantes, y delimitado así el problema, estudiemos entonces la figura del silencio administrativo que ha ejercido, desde hace algún tiempo, una verdadera fascinación en los estudiosos del derecho administrativo.

2. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION

En el ámbito administrativo, pese a la obligación de actuar que tienen los funcionarios, desgraciadamente se presenta con excesiva frecuencia, la inactividad de la Administración; los administradores permanecen inactivos, se cruzan de brazos, y en lugar de dar respuesta a las pretensiones de los administrados, oponen la fuerza de la inercia, con el consiguiente perjuicio que esto supone para los particulares, para la comunidad en general y aún para la misma Administración.

La Administración, abusando de sus prerrogativas de Derecho Público, adopta una posición pasiva, perjudicando a los administrados en sus derechos e intereses. Es cierto que los ciudadanos pueden recurrir en queja ante los funcionarios superiores, pero este medio se muestra poco efectivo en virtud de una frecuente mal entendida solidaridad entre los funcionarios; en efecto, nada impide que el superior permanezca también inactivo, o que retrase de tal manera su respuesta que resulte perjudicado el administrado cuando la situación concreta a que se refiere exige una actuación inmediata.

El silencio que guarda la Administración no es compren-

sible en una época de marcado carácter intervencionista como la actual, en que ella aparece como conformadora de la sociedad misma hacia el futuro (1). Sin embargo se presenta, está allí con toda la secuela de perjuicios e inconveniencias que con lleva, "El silencio es la forma de abstención y de inercia procesal más sutil y peligrosa para los administrados. La más sutil en efecto, porque la Administración evita así pronunciarse sobre la validez de la petición que se le ha dirigido. Es peligrosa para los administrados ya que no pueden saber si les ha concedido la petición" (2).

3. CONCEPTO DE SILENCIO ADMINISTRATIVO

El silencio administrativo, en un sentido estricto, consiste en la inactividad formal de la Administración dentro de un procedimiento, es un callar por parte de los administradores, un no decir nada frente a las peticiones o reclamaciones de los administrados. A ese hecho, a esa ausencia de actividad, la ley

(1) Cfr. FORSTHOFF, E.: "Tratado de Derecho Administrativo", Madrid, 1958, págs 15 y ss. y págs. 108 y ss. MONTIEL, FELIX en: "El ciudadano y el administrado", RAP. Nº 48, 1965 pág. 128 dice sobre la evolución del Estado, que antes casi todo lo realizaba el sector privado. "El Estado apenas "administra-ba". Era gendarme, diplomático, guerrero, juez, carcelero, legislador o recaudador de impuestos. Se ocupaba de que un vecino no cortara flores en el jardín de otro. Pero no se ocupaba de regar ni de cultivar esas flores. Con el tiempo, sin embargo, acabó transformándose en jardinero". Cfr. LEON CORTIÑAS-PELÁEZ: "Estado democrático y Administración prestacional". RAP. Nº 67 1972, págs. 95 y ss.

(2) ISAAC, G.: "La procédure administrative non contentieuse" París, pág. 345.

concede ciertos efectos en beneficio de los administrados para que éstos sepan a qué atenerse. Se trata, entonces, de una creación de la ley para favorecer a los particulares cuando la Administración no conteste sus peticiones o reclamaciones.

4. HIPOTESIS DE SILENCIO

El silencio administrativo es un hecho al que el Derecho concede consecuencias jurídicas. El silencio puede ser tanto de la Administración como del administrado; no se trata, entonces, de una institución única, pese a la idea unitaria que su nombre indica. Para que exista silencio administrativo es preciso : 1º) que alguien, Administración o administrado, deba o pueda hacer o decidir algo dentro de un plazo previamente establecido; 2º) que transcurra ese plazo sin que exista ninguna actuación.

Pueden examinarse varias hipótesis de silencio: a) silencio administrativo aplicable a los actos de los particulares en relación a un expediente administrativo; así, si deja de contestar un expediente en el que figura como interesado, siendo él quien lo haya iniciado, puede originar la caducidad del expediente; b) silencio administrativo aplicable a los actos de autorización o aprobación de las autoridades superiores sobre los actos de los inferiores, faltando así uno de los requisitos de eficacia del acto; c) silencio administrativo aplicable a las peticiones, reclamaciones y recursos dirigidos por los particulares a la Administración, existiendo obligación de resolverlas expresamente. Esta última situación de inactividad es el silencio administrativo, stricto sensu, al

que dedicaremos nuestra atención (3). También examinaremos el silencio aplicable a los actos de autorización o aprobación de ciertas autoridades sobre los actos de la Administración in directa.

El profesor Bielsa entiende que el silencio Administrativo puede presentarse: 1º) en la esfera contractual, que a su vez, por razón de la voluntad, puede ser: a) en cuanto a la validez del acto; b) en cuanto a la responsabilidad por culpa; 2º) en los actos que emanan de la Administración Pública, falta de decisión ante las reclamaciones del administrado (4).

La restricción del concepto del silencio administrativo es señalada por la mayoría de los autores. Así Entrena entiende que el silencio puede entenderse en dos sentidos: a) vulgar y etimológico, diciendo que existe silencio administrativo cuando la Administración no responde a las consultas, peticiones, reclamaciones, quejas, recursos, sugerencias, etc., que le puedan ser planteadas (5).; b) sin embargo reconoce que este es un concepto muy amplio y que en un sentido estricto o riguroso "sólo puede hablarse de silencio administrativo cuando el ordenamiento jurídico, ante la falta, dentro del plazo para ello establecido, de un pronunciamiento que la Administración

(3) GARRIDO FALLA, F.: "La llamada Doctrina del Silencio Administrativo", RAP Nº 16, 1955, pág. 88.

(4) BIELSA, R.: "Derecho Administrativo", 5ª ed., Buenos Aires, 1955, págs. 27 y ss.

(5) ENTRENA CUESTA, R.: "Curso de Derecho Administrativo", 3ª ed., Madrid 1968, págs. 496 y ss.

tiene el deber de efectuar, presume automáticamente o previa denuncia de la mora -la existencia de un acto- generalmente negativo y excepcionalmente positivo- como medio para salvaguardar los derechos e intereses de quienes formulan las peticiones, reclamaciones o recursos no resueltos, o en aras de la celeridad y eficacia administrativa" (6).

Estamos totalmente de acuerdo con la conveniencia de restringir el concepto de silencio administrativo, pero el sentido estricto o riguroso que el profesor Entrena nos ofrece lo encontramos muy amplio, al incluir los elementos que deben presentarse para que exista silencio administrativo, el sentido que se le asigna, y hasta la finalidad que persigue. Sin embargo, encontramos que tiene un valor descriptivo de la institución tal y como está regulada en el ordenamiento jurídico español.

5. ORIGEN DE LA REGLA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

La institución tiene un origen francés. Surge por primera vez con el decreto del 2 de Noviembre de 1864; luego con la ley del 17 de Julio de 1900, artículo 3º, posteriormente consagrada por la ordenanza del 31 de Julio de 1945, y extendida por el decreto del 30 de Septiembre de 1950.

El silencio administrativo, durante el siglo XIX, se presentó en Francia, con la necesidad de obtener una decisión previa antes de formular un recurso contencioso colmando el vacío jurídico dejado por la inactividad de la Administración, y mediante el sentido negativo que se le asignaba valía como una deci--sión previa, pudiendo el particular deducir el recurso conten-cioso. Tal ha sido el valor que se le ha venido asignando tradidi

(6) ENTRENA: Op. cit., pág. 497

cionalmente y con ese sentido ha pasado a otras legislaciones; era lógico, entonces, que a la jurisdicción contencioso-administrativa se le viniese asignando un valor revisor, pues era preciso la existencia de un acto administrativo previo sobre el cual se pronunciase más tarde el proceso administrativo.

Se comprende que Hauriou, al comentar la ley de 17 de Julio de 1900, dijese que el silencio administrativo había servido en Francia para extender el dominio de lo contencioso haciéndolo tan amplio como el de la reclamación administrativa y que de esta manera, los administrados gozaban del derecho a participar en la fiscalización de los servicios públicos (7).

Conviene notar que en la legislación francesa el silencio tiene siempre un valor negativo desconociéndose por tanto la solución afirmativa, por lo que la doctrina francesa no se plantea el problema del silencio positivo (8). España, por el contrario, ha adoptado la solución negativa y la positiva, siendo mayor su problemática.

6. LA INSTITUCION DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO COMPARADO.

Como hemos dicho antes, la institución del silencio admi-

(7) Citado por ANGEL GONZALEZ RIVERO, en: "El silencio administrativo en el Derecho Español", REVL, Nº 111, 1960, pág. 338.

(8) GOUTTENOIRE, R.: "Le silence de l'Administration", París, 1932, págs. 64 y ss. LAUBADERE: "Traité élémentaire de Droit Administratif", 5ª ed., París 1970, págs. 465 y ss. Sin embargo, la situación tiende a cambiar, existiendo casos de silencio positivo en materia de urbanismo,

nistrativo tiene un claro origen francés, que más tarde ha influído sobre las legislaciones de otros países.

La legislación italiana aborda el problema del silencio administrativo, asignándole un carácter general de efectos negativos en el artículo 5º del texto refundido de la ley comunal y provincial del 3 de Marzo de 1934. Sin embargo, se admiten algunas excepciones, y hay casos en los cuales se admite la hipótesis del silencio positivo, así el artículo 114 del Real Decreto de 6 de Mayo de 1923 sobre apertura de institutos. La doctrina italiana ha visto estos casos de silencio positivo como excepcionales. En este sentido, Zanobini después de señalar que la regla general es el silencio negativo, dice: "Fuera de esta regla, no se puede dar al silencio ningún significado, salvo los casos en que la ley misma dispone al respecto" (9).

En Portugal hay consideraciones legales acerca del valor negativo asignado al silencio administrativo aunque se encuentran casos en los que se asigna un valor positivo al silencio. También caben recursos administrativos contra la lentitud o pasividad administrativa.

En Finlandia, Noruega y Suecia, no se contempla el problema del silencio administrativo, sino que los ordenamientos jurídicos respectivos, establecen sistemas de reclamaciones informales, o bien de reclamaciones que pueden dirigirse al

(9) ZANOBINI: "Curso de Derecho Administrativo", T. 1º págs. 363 y s. ALESSI: "Instituciones de Derecho Administrativo", T. 1º, págs 258 y ss.

Ombudsman, las que se muestran más efectivas (10). Esta solución se comprende, dado el carácter democrático que tienen las Administraciones de estos países, al papel destacado que juega el Ombudsman como medio de control de la legalidad y al control que ejercen los medios de opinión pública sobre la Administración y, ¿por qué no?, al desarrollo de responsabilidad cívica en los administradores.

En Dinamarca, los particulares pueden hacer pleno uso de recursos administrativos en caso de pasividad o de lentitud de la Administración. En ambos casos puede dictarse una orden de actuar o bien una decisión tomada por la autoridad jerárquica o de instancias superiores.

En Grecia caben también recursos administrativos contra la lentitud o pasividad administrativa.

Las leyes de procedimiento administrativo de los países socialistas también señalan protecciones contra esa lentitud o pasividad administrativa, tal como sucede en Hungría, Polonia, Yugoslavia y Checoslovaquia.

En Yugoslavia, la ley de procedimiento administrativo de 1957 prescribía que toda decisión administrativa debía ser pronunciada en el plazo de un mes, y si había necesidad de una investigación particular, en el plazo de dos meses; si en ese plazo la decisión no era comunicada, podían los administrados introducir un recurso jerárquico. El silencio administrativo se in

(10) Cfr. "Rapport Général al XIV Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, por WENNERGREEN, B.

terpretaba siempre como negativo (11). El nuevo Código yugoeslavo de procedimiento administrativo de 1965 señala que los administrados tienen derecho a interponer un recurso cuando el órgano de primer grado no haya pronunciado su decisión en el término previsto, en este caso el recurso se interpone en base a una presunción de decisión negativa; la parte no ataca el silencio de la Administración como tal, sino que más bien recurre contra la falta de uso de la competencia (12).

La Administración de Checoslovaquia está animada de la moral y de la conciencia socialista que tienden a lograr una mayor participación popular; pese a ello, algunos sectores doctrinales lamentan la falta de un control jurisdiccional a posteriori y en el código de procedimiento administrativo se nota la ausencia de figuras tales como el silencio administrativo y Courbe Nicole se pregunta si "¿Se trata de técnicas de imposible aceptación?" -e inmediatamente añade: "Bien es verdad que no podrían conducir más que a un recurso jerárquico". (13).

(11) LANGROD, G.: "La nouvelle loi Yougoslave sur la procédure administrative non contentieuse", *Revue Administrative*, 1937, pág. 633.

(12) STJEPANOVIC, N.: "Principi fondamentali della procedura amministrativa in Jugoslavia", *Perspectives...*, T.V. pág. 634.

(13) COURBE NICOLE: "Control de la legalidad de los actos administrativos en Checoslovaquia", *RAP*. Nº 50, 1966, pág. 305. El autor se refiere a la ley de 24 de Junio de 1960; posteriormente se dictó una nueva ley de 29 de Junio de 1967. Cfr. LANGROD, G.: "Pour une protection efficace du particulier contre les abus de l'administration", *Revue Administrative*, Nº 131, 1969, pág. 634; JIRI HROMADA: "Perspectivas del desarrollo del Derecho Administrativo y de la Administración en la República Socialista Checoslovaquia", *Perspectives*, T. IV, págs. 319-329.

Polonia conoce, además de la intervención de la Prokuratura, un sistema de quejas y mociones reguladas en la parte cuarta del Código de procedimiento administrativo que tienden a la defensa del interés social; el objeto de una queja es una falta o una negligencia administrativa; la moción tiende a mejorar el funcionamiento de un servicio administrativo o social. Las quejas se presentan ante el superior, las mociones las recibe el mismo órgano (14).

El artículo 8º de la Constitución mexicana establece el principio siguiente: "... a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario". Este es la regla general en el Derecho mexicano, aunque existen disposiciones aisladas tales como el artículo 162 del Código Fiscal de la Federación y el artículo 163 de la Comisión Nacional Bancaria que ofrecen una solución distinta al contemplar el problema del silencio administrativo. El artículo 162 del Código Fiscal de la Federación señala que "el silencio de las autoridades fiscales se considerará como resolución negativa cuando no den respuesta a la instancia del particular en el término que la ley fija, o a falta de terminos estipulados, en noventa días".

Por otra parte, existe una notable semejanza entre el artículo 8º de la Constitución mexicana y el artículo 117 de la Constitución nicaragüense al establecer ambos la obligatoriedad que

(14) JADWIGA CASTAGNE: "Les défenseurs de l'intérêt social dans la Procédure Administrative non contentieuse de la république populaire de Pologne", RDP 1963, págs. 177-204.

tienen las autoridades de responder a toda petición que se les formule, y aún más a comunicar lo resuelto. El artículo 8º me xicano, sin embargo, parece ofrecer mayores garantías al ciudadano al señalar que las autoridades tienen la obligación de comunicar lo resuelto al peticionario "en breve término". Es cierto que la expresión "en breve término" nos sitúa frente a un concepto jurídico indeterminado cuya determinación co-- rresponderá al legislador, o bien a la jurisprudencia, dando margen así a una posible y valiente determinación jurispruden cial (15). Por otra parte, la doctrina mexicana se ha inclinado por la solución negativa del silencio de la Administración (16).

En Uruguay, en virtud del artículo 318 de la Constitución el silencio administrativo tiene efectos denegatorios.

La República Argentina, en su ley de Procedimiento Administrativo de 1972, establece en su artículo 10, como regla general, "El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa" y como regla es pecial, el mismo artículo continúa "Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo".

(15) Sobre los conceptos jurídicos indeterminados, cfr. FORSTHOFF: op. cit., págs. 123 y ss.; GARCIA DE ENTERRIA, E.: "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo", RAP. Nº38, 1962, págs. 171 y ss.

(16) Cfr. GABINO FRAGA: "Derecho Administrativo", 10ª ed., Mexico, 1963; SERRA ROJAS, Andrés: "Derecho Administrativo", Mexico, 1959, pág. 287; JORGE OLIVERA TORO: "Manual del Derecho Administrativo", Mexico, 1963; ALFONSO NAVA NEGRETE: "Derecho Procesal Administrativo", Mexico, 1959 págs. 241 y s.

7. DENOMINACION

En España la expresión "silencio administrativo" fué acuñada por Fernández de Velasco (17) quien la calificaba de expresión poco correcta pero gráfica. En general la expresión "silencio administrativo" viene utilizándose junto con la expresión "silencio de la Administración" en forma pacífica por los autores de lengua Castellana (18). Sin embargo Baena prefiere utilizar la expresión silencio de la administración "por entender que en la actual situación de la regulación del silencio, el valor que pueda tener el grafismo de la expresión citada no justifica el empleo de la frase, en sí poco correcta" (19).

Para nosotros, pueden emplearse indistintamente ambas expresiones. De una parte es cierto que la expresión "silencio de la Administración" alude a la inactividad del órgano encargado de actuar, identificando que es el sujeto Administración quien debe actuar, en contraposición al administrado. Pero ya hemos visto que

(17) "El silencio en los actos administrativos", en "Variaciones de Derecho y Política", Barcelona, 1932, citado por JESUS GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", 2ª ed., T. 2º, pág. 460, quien comparte esas afirmaciones. Mis mismo sentido, MARIANO BAENA DEL ALCAZAR: "Naturaleza jurídica del silencio de la Administración, REVL, nº 121, 1962, pág. 3.

(18) Ej. GARRIDO FALLA: "La llamada doctrina del silencio administrativo, RAP Nº 16, 1955; GONZALEZ PEREZ, op. cit. GARCIA DE ENTERRIA: "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso" RAP Nº 47, 1965.

(19) BAENA: Op. cit. pág. 3 BIELSA: "Sobre lo contencioso administrativo", 3ª ed. 1964 -emplea la expresión "silencio de la Administración" (pág. 174) sin la distinción de Baena; "Derecho Administrativo", T. 2º, pág. 27. FIORINI: "¿Qué es el contencioso?", Buenos Aires, 1965, pág. 85, habla de "silencio administrativo".

el silencio de la Administración, en sentido estricto, es la inactividad formal de la Administración dentro de un procedimiento, y a esa misma realidad alude también la expresión "silencio administrativo"; por otra parte, "silencio administrativo" presenta cualidades gráficas considerables.

En lengua francesa se utiliza "silence de l'administration", silencio de la administración.

En lengua italiana, "silenzio della pubblica Amministrazione".

8. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, ¿DOCTRINA O INSTITUCION?

Suelen emplearse indistintamente por los autores las denominaciones "teoría" e "institución", al referirse al silencio administrativo. Sin embargo, conviene hacer aquí ciertas precisiones. Así el profesor Garrido Falla concede a la "doctrina" la significación de fuente supletoria del Derecho Administrativo, oponiéndose rotundamente a que esta expresión sea aplicable al silencio administrativo. De lo contrario, podría invocarse, supletoriamente, en defecto de ley -y nada más ajeno a la realidad ya que podría pensarse que lo invocado ante los tribunales, en los casos de silencio administrativo, y como fundamento jurídico de una pretensión, es precisamente una doctrina. Para que haya silencio administrativo es necesario un precepto legal que así lo establezca (20).

(20) GARRIDO FALLA: "La llamada doctrina del silencio..." Pág. 88. Mismo sentido en "El silencio administrativo en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", REVL, nº 91, 1957, págs. 51 y s. Cfr. ANGEL GONZALEZ RIVERO: "El silencio administrativo..." Pág. 331 y s. por nota.

Deben rechazarse, por consiguiente, las denominaciones "teoría" o "doctrina" como modo de llamar al silencio administrativo por hacer alusión a una fuente supletoria del derecho.

9. SILENCIO ADMINISTRATIVO, PRESCRIPCION Y CADUCIDAD

La figura del silencio administrativo no debe confundirse con otras instituciones derivadas del transcurso del tiempo, tales como la prescripción y la caducidad. Por prescripción suele entenderse la transformación de un estado de hecho en un estado de derecho por el transcurso del tiempo siempre y cuando se cumplan los requisitos fijados. La prescripción puede ser adquisitiva (usucapión) o extintiva. La diferencia entre el silencio y la prescripción no presenta dificultades, pues en tanto que la prescripción supone la transformación de un estado de hecho en uno de derecho, el silencio de la Administración supone el paso de una situación ambigua, de un hecho, de una abstención a otra en que por voluntad de la misma Ley se producen determinados efectos jurídicos.

La caducidad, aplicada al procedimiento administrativo, se considera como una forma de terminar el procedimiento administrativo que tiene lugar en virtud de la declaración de la Administración cuando, paralizando el mismo por causa imputable al interesado, éste no remueve el obstáculo en el plazo que la Ley le señala al efecto (21). La culpa es del particular, sin embargo, su aplicación es más restringida en el procedimiento administrado.

(21) FRANCISCO GONZALEZ NAVARRO: "La llamada caducidad del procedimiento administrativo", RAP Nº 45, 1964, pág. 194; GARRIDO: "La llamada doctrina...", en cambio, considera a la caducidad como una actividad del particular, y la incluye dentro de un concepto amplio de silencio administrativo (págs. 86 y s.).

tivo, debido a la aplicación del procedimiento inquisitivo y a su carácter oficial. González Pérez estima que la naturaleza jurídica de la caducidad "es un hecho jurídico-administrativo, no un acto; la eficacia jurídico-administrativa de la misma no tiene en cuenta la voluntad, sino el transcurso del plazo señalado por la ley" (22). Se trata de una forma anormal de terminar el procedimiento administrativo.

Debe distinguirse, por otra parte, entre la caducidad del procedimiento y la caducidad o decadencia de derechos. La cadu cidad hace referencia a la existencia de derechos temporales sujetos a un plazo extintivo fijado por la ley o por la voluntad de los particulares. La caducidad del procedimiento deja intac tos los derechos, a menos que otras instituciones, como la pres cripción, los hayan extinguido. La caducidad, en general, se presenta cuando la Ley establece un plazo dentro del cual puede ejercitarse una potestad; si no se ejercita, se extingue.

La diferencia entre caducidad y silencio estriba en que para el supuesto del silencio, los poderes de la Administración no se encuentran sometidos a ningún plazo de caducidad, pues tal plazo no existe, o bien, cuando existe, tiene la significación de una pauta frente a la desidia o negligencia de los administrado res (23).

(22) GONZALEZ PEREZ: "El procedimiento administrativo" pág. 536.

(23) GARRIDO FALLA: "La llamada doctrina...", pág. 88.

10. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NO ES UNA FORMA DE TERMINAR EL PROCEDIMIENTO

Para algunos autores el silencio administrativo es una de las posibles formas de terminar el procedimiento. En esta orientación destaca Gabino Fraga, quien estima que la conclusión del procedimiento "tendrá que ser el acto o la resolución administrativa expresa o presunta en caso de silencio de la autoridad respectiva" (24). Sin embargo, no estamos de acuerdo con tal concepción; la institución del silencio administrativo (como más adelante tendremos ocasión de ver) está establecida en beneficio de los particulares para proporcionarles garantía y seguridad frente a los perjuicios que podría ocasionarles la pasividad de la Administración. Esta finalidad, ha sido reconocida por un sector muy importante de la moderna doctrina española. En este sentido, González Pérez considera que "El silencio no es, propiamente, una forma de terminar el procedimiento, sino una presunción que la ley establece en garantía del recurrente ante la pasividad de la Administración al resolver" (25).

Que el silencio administrativo sea una de las posibles formas de terminar el procedimiento podría tal vez afirmarse del silencio afirmativo, sin embargo, y como luego tendremos ocasión de ver, hay casos en los cuales no siempre suponen una terminación del procedimiento.

(24) GABINO FRAGA: Op. cit. pág. 288

(25) GONZALEZ PEREZ: "El procedimiento administrativo", pág. 500; cfr. BAENA DEL ALCAZAR: Op. cit. pág. 8

11. NO ES UNA CONSECUENCIA DE LA DOCTRINA DEL SILENCIO EN EL DERECHO PRIVADO.

Algunos autores, al enfrentarse al problema del silencio administrativo, lo consideran como una consecuencia de la doctrina del silencio en el derecho. Así González Rivero afirma que "El Derecho administrativo, fiel a las necesidades de aquellos a que se refiere, ha arbitrado lo que se ha llamado la doctrina del silencio administrativo, que no es sino una secuela de la doctrina del silencio en el Derecho" (26). Añade, que no debe extrañar que esta cuestión, como tantas otras, haya sido estudiada previamente en el campo del Derecho privado y, sólo posteriormente, en el del Derecho público.

Es cierto, y hay que reconocerlo así, que el silencio administrativo, para ser considerado como un hecho jurídico al que el Derecho concede determinadas consecuencias jurídicas, tiene que ser comprendido en un primer momento de acuerdo a los conceptos elaborados previamente por el derecho privado, y como señala Forsthoff, los conceptos no pueden importarse al campo del Derecho Administrativos sin más (27).

A pesar de esas afirmaciones, es preciso manifestar que la institución del silencio administrativo no es un trasunto, al campo del Derecho Administrativo, de las elaboraciones del Derecho privado, sino que tiene su fisonomía propia, con sus propias ca-

(26) GONZALEZ RIVERO: Op. cit. págs. 331-332. -Ya antes hemos visto que el silencio administrativo no es una doctrina.

(27) FORSTHOFF: Op. cit. pág. 245.

racterísticas; a tal punto que "La teoría del silencio administrativo sólo tiene una coincidencia terminológica con las doctrinas sobre el silencio en el derecho" (28).

El silencio en el Derecho Privado y en el Derecho Administrativo presentan fisonomías distintas, y distintas naturalezas. En materia privada pueden considerarse tres doctrinas : a) Doctrina Romana; que se basa en el viejo precepto: "qui tacet utique non facetur", (el que calla no dice nada); b) Doctrina Canónica: "qui tacet consentire videtur" (el que calla otorga) ; c) Doctrina Moderna, surgida por necesidades mercantiles y de comercio: "qui tacet quam loqui portuit er debuit consentire videtur" (el que calla cuando puede y debe hablar, se estima que consiente) (29). Como es evidente, la institución del silencio administrativo presenta características distintas a las del silencio del Derecho privado, y no pueden trasladarse conceptos del campo del Derecho privado al del Derecho público sin tomar en cuenta las especialidades y particularidades del Derecho Administrativo.

En el Derecho privado el silencio se interpreta, en el Derecho Administrativo, se da una respuesta al silencio. Efectivamente, ante el silencio que guarda la Administración, se hace preciso dar alguna respuesta al particular, porque en un verdadero Estado de Derecho el administrado no puede quedar de ninguna manera desamparado ante la inactividad de la Administración.

(28) CARLOS GARCIA OVIEDO -E. MARTINEZ : "Derecho Administrativo" 9ª ed., 1968 pág. 93

(29) GARRIDO FALLA : "La llamada doctrina del silencio", pág. 9 cfr. UBALDO BENSA: "Il problema giuridico del silenzio", Génova 1906, págs. 15 y ss.

12. NO ESTA INSTITUIDO EXCLUSIVAMENTE EN FUNCION DE UN RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Tradicionalmente se ha venido considerando que la institución del silencio administrativo tiene como único objeto facilitar el efecto procesal de hacer viable un recurso contencioso-administrativo. Es decir que, mediante el valor negativo que, generalmente se concede al silencio, se satisface el requisito del acto previo, necesario para acceder a la vía contenciosa. Tal ha sido la significación que se ha concedido en Francia, suscrita posteriormente por autores de otros países; en este mareo conceptual podríamos incluir a Royo Villanova quien sostiene que la institución del silencio ha sido introducida en la ley para asegurar la eficacia de las garantías jurisdiccionales, reconocidas a los ciudadanos (30).

En realidad, ese ha sido el cometido que principalmente ha venido desempeñando, pero esa no es la única función que puede cumplir; perfectamente puede llenar algún papel en vía administrativa para deducir algún recurso administrativo. Por otra parte, la institución del silencio administrativo, no siempre tiene por objeto facilitar el recurso contencioso lo que queda demostrado en los casos de silencio positivo en donde, normalmente, no existe reclamación contra lo otorgado en virtud del silencio (31)

(30) SEGISMUNDO ROYO VILLANOVA : "El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal". REVL.- Nº 48, 1949. pág. 287

(31) Cfr., para la regulación en España, BAENA: Op.cit.págs. 7 y s.; GONZALEZ PEREZ: "Los recursos administrativos", Madrid, 1960, pág. 97

13. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO ES UNA GARANTIA EN BENEFICIO DE LOS PARTICULARES.

Para demandar a la Administración en vía contencioso-administrativa, es preciso contar antes con un acto previo que constituye el objeto del debate. La regla de la decisión previa aparece como un requisito procesal para acceder a la jurisdicción contenciosa, y, contemplada desde esta perspectiva, aparece como un privilegio en beneficio de la Administración; este es su carácter principal, aunque también puede beneficiar a los particulares indirectamente.

Pués bien, en esa tensión constante de la vida administrativa entre privilegios y garantías que protejan a los particulares, surge la institución del silencio administrativo como una garantía frente al privilegio del acto previo.

Se ha llegado a pensar, en algún tiempo, que la institución del silencio administrativo estaba regulada para beneficiar exclusivamente a la Administración. Sin embargo, basta examinar el origen de la institución para comprender que el fin perseguido con ella fue el de impedir que, en determinados casos, el recurso contencioso-administrativo se convirtiese en puramente ilusorio, pues constituyendo el objeto de este recurso una anterior decisión administrativa lesiva para el particular bastaba con que tal decisión no se produjese para el acceso a lo contencioso-administrativo resultase imposible (32). Hay que recordar, una vez más, que en Francia el

(32) GARRIDO FALLA : "La llamada doctrina...", pág. 92

silencio tiene carácter negativo, y en ese sentido constituye un medio de obviar las dificultades que para la defensa de los particulares supone el privilegio del acto previo. Efectivamente, de no existir la institución, el mejor medio de que podría disponer la Administración para defenderse, sería oponer la fuerza de la inercia frente a las peticiones y reclamaciones de los particulares. En este orden de ideas, resultan sumamente elocuentes los comentarios de Hauriou respecto a la ley de 17 de Julio de 1900, al decir que el silencio administrativo había servido en Francia para extender el dominio de lo contencioso, haciéndolo tan amplio como el de la reclamación administrativa, y, además, que gracias a él, los administrados gozaban del derecho a participar en la fiscalización de los servicios públicos (33)

Ahora bien, todo lo dicho acerca del silencio negativo, puede afirmarse con mayor razón en los casos de silencio positivo, pues en estos es la Administración la que puede resultar perjudicada por los efectos positivos del silencio. Es indudable que en estos casos, más que una garantía, constituye un privilegio a favor de los administrados.

(33) Citado por GONZALEZ RIVERO: Op. cit. pág. 338. En este sentido es interesante la sentencia de 30 de Mayo de 1963 del tribunal español que dice: "La pasividad de la Administración frente a las reclamaciones de sus administrados provoca un estado de continua inquietud esperanzada que contradice el principio de seguridad jurídica, fundamental en toda sociedad políticamente organizada. A remediar este mal que tradicionalmente ha venido aquejando a la Administración Pública tiende la teoría e institución del silencio administrativo". En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 23 de Octubre de 1963: "toda vez que se ha concebido el silencio administrativo no como una fórmula para interpretar la voluntad administrativa, sino como una institución que sirve de garantía a los derechos de los particulares". También la sentencia de 18 de Marzo de 1964.

En definitiva, la institución del silencio administrativo responde siempre a una teleología definida, la de ser una garantía en beneficio de los particulares. Esto no quiere decir que desconozcamos que, en forma indirecta, puede beneficiar a la Administración al acelerar los procedimientos, ya que hasta cierto punto ofrece una continuidad en el tiempo para poder deducir los correspondientes recursos; o bien, en los casos de efecto positivo, opera como una especie de castigo, de sanción a la actitud pasiva, y combinado con un sistema de responsabilidades de los funcionarios, puede actuar como un acicate.

14. EL SILENCIO NO ES UN ACTO ADMINISTRATIVO

Hay quienes al referirse al silencio administrativo, hablan de "acto presunto", o de "manifestación tácita". En este sentido, Zanobini expresa que: "el silencio equivale a una manifestación tácita porque la autoridad que calla conoce en modo preciso el significado que el derecho atribuye a éste su comportamiento" (34). En España Martínez Useros, se ha referido a la posibilidad de que el silencio administrativo conlleve un acto tácito que se trata de interpretar y señala: "Téngase en cuenta que decimos que la interpretación del silencio deberá ser realizada de idéntica manera a la de los actos tácitos, por entender que aquél puede ser una declaración tácita, pero que puede también no implicar declaración alguna" (35).

Esta concepción está bastante extendida, y así en América

(34) ZANOBINI: Op. cit., pág. 364

(35) ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS: "La teoría del silencio administrativo en el régimen jurídico municipal español", REVL nº 32, 1974, pág. 169.

Latina, Fiorini manifiesta una opinión parecida a la de los autores señalados al considerar al silencio como un acto tácito, los actos tácitos -dice- son aquellos cuya instrumentación de existencia exterior está fundada en la presencia de una conducta que así los califica por norma expresa, y que se producen por inactividad o por silencio de la Administración (36).

Para examinar si en el silencio de la Administración existe verdaderamente un acto administrativo, Baena (37) parte de la enumeración de los elementos del acto administrativo, propuesta por Garrido Falla, esto es: el sujeto, el objeto, la causa, el fin y la forma, esta última en su doble acepción, como integración y como declaración de la voluntad administrativa. Para Garrido, el objeto o contenido del acto, en sentido estricto, es una declaración de conocimiento, voluntad o juicio en que un acto consiste, y en sentido amplio el efecto práctico que con este acto se pretende obtener. Cuando se produce la situación de silencio, esto es la inactividad formal de la Administración, no existe en modo alguno declaración, pues ella ha callado. Baena añade que, en sí, el silencio es un hecho ambiguo que no significa ni declara nada. "Resulta inocuo, por tanto, preguntarse por el fin o la causa de un acto que carece de objeto y que, por tanto, no existe "ab initio" " (38).

(36) BARTOLOME FIORINI: "Manual de Derecho Administrativo", T. 1º, pág. 338. Mismo sentido BIELSA: "Sobre lo contencioso administrativo", pág. 174 y en "Derecho Administrativo", T2º, pág. 27.

(37) BAENA: Op. cit. págs. 9 y ss.

(38) BAENA: Op. cit. pág. 10. En el Derecho Privado, FEDERICO DE CASTRO en "El negocio jurídico", Madrid, 1971, dice que "El silencio, por sí mismo no significa más que la carencia de expresión y de la nadano cabe sacar ninguna consecuencia positiva" (pág. 69).

Cabe preguntarse si con el silencio de la Administración se intenta perseguir un efecto práctico, es decir si encubre un acto tácito. Dicho de otra manera, ¿podríamos decir, con algunos de los autores antes mencionados, que el silencio administrativo encubre un acto tácito?.

Acerca del acto tácito, puede decirse que en Derecho privado "La figura de las declaraciones de voluntad tácitas o mediatas no ha sido dibujada con claridad en la doctrina, ni se encuentra suficiente apoyo para su definición en las leyes" (39). La conducta tenida en cuenta no es por sí misma significativa de una declaración de voluntad, sino que de tal conducta se infiere que debió haber tal voluntad. Se llama acto tácito porque resulta no de los dichos, sino de los hechos. Generalmente suele distinguirse: 1º) de aquellos que, por sí mismos, acarrean una responsabilidad negocial, siendo innecesario, entonces, recurrir a las presunciones; 2º) de los supuestos en los que la ley ha establecido la presunción, sea con valor "juris tantum" o "juris et de jure".

En el ámbito del Derecho Administrativo existe acto tácito cuando la Administración, sin haber dictado un acto expreso, ha realizado una serie de actuaciones que presuponen la existencia de una voluntad (40). Resulta de un determinado comportamiento de la Administración que, sin tener la finalidad de manifestar una voluntad, la presupone directamente. En el acto tácito, hay un acto a través del cual se induce la voluntad; tal sería p. ej., el caso del ascenso de un empleado, acto que necesariamente presupone un precedente acto de nombramiento.

(39) DE CASTRO: "El negocio jurídico", pág. 67.

(40) Ver en este sentido FORSTHOFF: Op. cit. págs. 302 y ss. ZANOBINI: op. cit. págs. 362 y ss; ALESSI: op. cit. págs. 255 y ss.

El silencio de la Administración, hemos dicho, se plantea cuando una autoridad administrativa deja de resolver expresamente una petición, reclamación o recurso interpuesto por un administrado. Hay que insistir en que en el caso del silencio no existe voluntad de la Administración, no pudiendo pensarse que exista un acto tácito, ya que en el acto tácito si hay voluntad administrativa, faltando únicamente una declaración expresa. Ahora bien, en el caso del silencio al no existir voluntad, tampoco existe acto, no pudiendo inducirse nada. En este sentido, Alessi sostiene, respecto al silencio de la Administración, que éste es un comportamiento productivo de efectos jurídicos y que jamás puede constituir una manifestación suficientemente unívoca de una determinación volitiva, y por consiguiente, no puede dar lugar a la existencia de negocio jurídico, por faltar un requisito esencial del mismo: la voluntad (41).

Zanobini, a pesar de distinguir entre la manifestación tácita y el silencio de la Administración, considera, sin embargo, que en el caso del silencio positivo, este equivale a una manifestación tácita, porque la autoridad que calla conoce en modo preciso el significado que el derecho atribuye a su comporta--miento (42).

La doctrina, en general, se ha pronunciado con bastante fuerza en el sentido de que el silencio administrativo no constituye un acto tácito (43). En este orden de ideas, García Ovie

(41) ALESSI: Op. cit. págs. 258 y ss.

(42) ZANOBINI: Op. cit. pág. 364.

(43) En este sentido, GARRIDO: "Tratado...", T. 1º, págs. 532 y ss.; BAENA: op. cit. págs. 10 y s.; GONZALEZ RIVERO: op. cit. págs. 335 y s.

do sostiene que "en rigor de verdad, el silencio administrativo no es un acto tácito, pues éste implica un comportamiento que revela por vía indirecta, una voluntad distinta de la que se exterioriza de modo expreso" (44).

En América Latina, la mayoría de los autores sostienen que el silencio administrativo no es un acto tácito. Sayagués Laso opina que el silencio "no puede considerarse como decisión ficta en ningún sentido, ni aprobatoria ni denegatoria, salvo que textos expresos le atribuyen un significado especial" (45).

Por otra parte, en los casos de actos tácitos de la Administración, el problema se plantea en cuanto a la interpretación de la voluntad administrativa; en tanto que en los casos de silencio no hay que interpretar nada, pues no existe ninguna voluntad. Tampoco constituye un acto inexistente; pues como ha manifestado el profesor Garrido, la moderna doctrina civilista señala que hablar de acto inexistente implica una contradictio in terminis, dado que si no existe no hay por qué hablar de tal acto (46).

15. UN SUPUESTO EXCEPCIONAL: ACTO EXPRESO Y AUSENCIA DE NOTIFICACION

El profesor López Rodó en un trabajo del año 1957, se plan-

(44) GARCIA OVIEDO: op. cit. pág. 92

(45) ENRIQUE SAYAGUES LASO: "Tratado de Derecho Administrativo", T. 1º, pág. 347; cfr. GABINO FRAGA: op. cit. pag.

(46) GARRIDO FALLA: "Régimen de impugnación de los actos administrativos", Madrid, 1956, pág. 201; cfr. GONZALEZ RIVERO: op. cit. pág. 336

teó el problema del acto expreso y de la ausencia de notificación referida a la ley de expropiación forzosa española. Señaló que esa ley, en su artículo 122, adolecía del defecto de establecer como criterio determinante del silencio el hecho de la falta de resolución administrativa, cuando debería basarse en la no existencia de notificación que es lo que realmente trasciende al administrado (47).

El problema de la ausencia de notificación, y su relación con el silencio administrativo, ha preocupado algunos sectores de la doctrina española, así Alvarez Gendin la incluye dentro del concepto de silencio administrativo al decir: "La administración puede dejar de resolver o de notificar una resolución. Esta falta de resolución o de notificación se llama silencio administrativo" (48).

Pero en el supuesto de la ausencia de notificación, existe un verdadero acto administrativo, aunque este sea anulable por un vicio de forma. Sin embargo, tal y como afirma Baena, existe una fundamental diferencia entre el supuesto típico del silencio administrativo y el que contemplamos. En el silencio no existe ningún acto; en la ausencia de notificación se está produciendo un acto, pero con el transcurso del tiempo se le atribuyen los efectos del silencio, por supuesto que la Administración, en uso de sus facultades, puede más tarde convalidar ese acto, en cuyo caso ya no se aplicarían los efectos del silencio (49).

(47) LAUREANO LOPEZ RODO: "Necesidad de una regulación del silencio administrativo en nuestro Derecho" REVL. Nº 89, 1957 pág. 661.

(48) SABINO ALVAREZ GENDIN: "Derecho Administrativo", T2º, Barcelona, 1958, págs. 331 y s.

(49) BAENA: op. cit. pág. 13

16. ES UN HECHO AL QUE UNA FICCION LEGAL CONFIERE DETERMINADOS EFECTOS

La doctrina, al enfrentarse al problema del silencio, se muestra un tanto dividida. De una parte hay autores que lo califican de "presunción" o ficción legal" (50), o de "una crea-ción de la ley" (51). De otra hay quienes insisten en que el silencio es un hecho que de por sí no tiene significación alguna (52). Sin embargo, como certeramente señala Baena, la apa-
rente contradicción entre estas posiciones queda salvada por la sencilla razón de que se refieren a momentos diversos de la producción del silencio (53).

En el estudio del silencio de la Administración se pueden distinguir tres momentos diversos: a) el hecho del silencio, b) la atribución de efectos por la ley y c) los efectos del silencio.

a) El hecho jurídico.

Al hacer referencia al problema de si el silencio adminis-
trativo constituye o no un acto administrativo, respondíamos negativamente en el sentido de que el silencio no es un acto administrativo, ni siquiera un acto tácito, sino un hecho jurídico, un hecho al que el derecho concede determinados efectos.

Queda pues establecido como primer momento de esta insti-

(50) GARRIDO: "La llamada doctrina..." págs. 86 y ss.; GON-
ZALEZ PEREZ: "El procedimiento administrativo", págs. 500 y ss.

(51) GONZALEZ RIVERO: Op. cit. págs. 331 y s.

(52) En Derecho Privado DE CASTRO: op. cit. pág. 69. En De-
recho Administrativo; ZANOBINI; GARCIA OVIEDO, etc.

(53) BAENA: Op. cit. pág. 15 y s. Esto explicaría que aunque Garrido califique al silencio de "presunción o ficción legal, señale también, en el artículo antes citado, que se trata de un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho concede consecuencias jurídicas.

tución, y como su fundamento material, un hecho : la inactividad de la administración.

b) La atribución de efectos por la ley ¿Ficción o presunción?

El elemento material, la materia prima del silencio es un hecho : la inactividad de la Administración. Ahora bien, ese hecho adquiere relevancia jurídica y significación mediante la atribución de efectos concretos por la ley.

¿Cómo debe entenderse la atribución de efectos jurídicos por la ley al hecho del silencio?

Un sector de la doctrina, viene afirmando que el silencio es una presunción (54), o bien una "presunción o ficción legal"(55). Contrariamente a lo que pudiera pensarse no se trata de una simple cuestión terminológica, sino que reviste una cierta importancia en cuanto a los efectos. Así, en el Código Civil nicaragüense (artículo 2357) y en el de Procedimientos Civiles (artículo 1117) se habla de "presunción" como uno de los medios de prueba; giual situación ocurre en el ordenamiento español, en los artículos 1249 y siguientes del Código Civil de España.

Por otra parte, la indistinta utilización del término presunción puede acarrear posibles confusiones y suscitar, quizá, discusiones en torno al viejo problema de si el silencio administrativo es un acto tácito o un acto presunto.

(54) GONZALEZ PEREZ : "El procedimiento administrativo" pág. 500; Los recursos administrativos" pág. 95

(55) GARRIDO FALLA : "La llamada doctrina..." pág. 92

Para nosotros constituye una ficción legal, y así se ha pronunciado un sector considerable de la doctrina (56). Una ficción según la cual, cuando la administración no se ha pronunciado, estando obligada a hacerlo, la ley confiere a esa inactividad, a ese hecho, efectos jurídicos, positivos o negativos, según el caso.

Además, el silencio administrativo no es una presunción, pues no constituye un medio de prueba. Su finalidad no es esa, sino la de proteger a los particulares de la inactividad administrativa. En el silencio administrativo no se presume nada, no se interpreta nada, es la ley quién confiere al hecho del silencio determinados efectos.

Al concebir la institución como una ficción legal, como una creación de la ley, se evita caer en la confusión de concebir al silencio como un acto administrativo, pues todo acto presupone una manifestación de voluntad, y precisamente en el caso del silencio tal voluntad es lo que hace falta; además "He aquí una magnífica justificación de un criterio interpretativo seguro: el silencio es una ficción legal, y éstas no deben sustantivarse, si no utilizarse uti valeat, en tanto que produce los efectos que el Ordenamiento pretende con su articulación; y estos efectos o fines, expresa y declaradamente queridos por la ley, son justamente los de arbitrar un beneficio para el administrado y no un obstáculo, un perjuicio o una carga" (57).

(56) BOQUERA OLIVER : "Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo" RAP. Nº 30; 1959, pág. 100; GONZALEZ RIVERO : op. cit. pág. 335 ; BAENA : op. cit. p. p. 18 y s. etc.

(57) GARCIA DE ENTERRIA : "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso" RAP. Nº 47, pág. 222

Alejando del silencio todo intento interpretativo de una inexistente voluntad administrativa, se llega a la conclusión de que constituye un hecho al cual el derecho concede efectos jurídicos, (positivos o negativos). En el caso de los efectos negativos del silencio, permite al particular deducir los recursos correspondientes; es importante subrayar que los efectos que produce, son estrictamente procesales, y ningún efecto jurídico material puede ligarse al silencio negativo, pues no existe voluntad administrativa, sino ausencia de actividad volitiva alguna (58).

La situación, sin embargo, se plantea en forma muy distinta en el silencio positivo. Mientras que los efectos ligados al silencio negativo son estrictamente procesales, en el silencio positivo éstos son de orden jurídico materiales. En efecto, el silencio positivo por el transcurso del plazo hace nacer un verdadero acto administrativo con todos sus efectos en relación con los derechos subjetivos de los particulares de él emanados. La Administración no puede, en consecuencia, alterar, modificar o contradecir el acto administrativo así nacido. Estos efectos jurídico-materiales del silencio positivo se comprenden dada la distinta naturaleza jurídica que tiene respecto al silencio negativo.

(58) CFR. FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. "Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios" RAP. Nº 53, págs. 282 y s.

17. SILENCIO NEGATIVO Y SILENCIO POSITIVO.

Frente a las peticiones o reclamaciones de los particulares, la Administración, pese al deber constitucional de pronunciarse (artículo 117 CN) puede guardar silencio. El derecho asigna a ese hecho un significado desestimatorio o estimatorio. La razón de esos efectos es clara : la ley trata de proteger a los particulares contra la inactividad administrativa, rompiendo la incertidumbre y ambigüedad producto del hecho del silencio. Al quedar los particulares enterados de los efectos negativos o positivos del silencio pueden, entonces, deducir los recursos correspondientes, administrativos o jurisdiccionales en su caso, o bien considerar estimadas sus pretensiones.

La doctrina viene utilizando diversas denominaciones para calificar los efectos del silencio; se habla de valor positivo y negativo del silencio, o del carácter positivo o negativo del silencio, o de clases de silencio, o de efectos negativos y positivos del silencio (59).

Aparentemente esta cuestión terminológica no tiene mayor importancia, y pudiera pensarse que los términos utilizados están en función del prisma personal de los autores; sin embargo, pre

(59) Cfr. ROYO VILLANOVA : "El silencio positivo..." pág. 898; BOQUERA : "Algunas dificultades..." págs. 87 y ss.; GARRIDO : "La llamada doctrina ..." pág. 92; GONZALEZ PEREZ : "El procedimiento administrativo ..." págs. 500 y ss.; GONZALEZ RIVERO : op. cit. págs. 331 y s.; BAENA : op. cit. págs. 20 y ss.; MIGUEL S. MARIENHOFF : "Tratado de Derecho Administrativo" T. 2º, Buenos Aires, 1966 págs. 316 y ss.; ENRIQUE SAYAGUES LASO : "Tratado de Derecho Administrativo" T. 1º págs. 435 y ss.

senta cierto interés, dado que según sean las denominaciones utilizadas, se descubren ciertas posturas doctrinales. Así, algunos han venido considerando los efectos afirmativos del silencio como un caso excepcional, concediendo una mayor importancia a los efectos negativos. En realidad, esto no debe de extrañarnos si tenemos en cuenta que en sus orígenes esta institución tuvo únicamente efectos negativos. Hablar de clases de silencio, implica adoptar una postura doctrinal concreta : la de que el silencio negativo y el positivo son instituciones esencialmente diversas con naturalezas jurídicas distintas. La Sentencia del T.S. español de 18 de mayo de 1964 ha reconocido "que el silencio administrativo negativo es la regla general, y únicamente cuando un precepto expreso de la ley lo disponga se podrá aplicar el silencio administrativo positivo".

Hay quienes, por el contrario, sostienen una concepción unitaria de la figura del silencio de la Administración, debiendo hablarse de efectos en general, y no de clases de silencio. Sin embargo, es la ley la que en última instancia determina si los efectos han de ser afirmativos o negativos, atendiendo a las características y naturaleza que en uno y otro caso concurren. En cuanto a la terminología utilizada, creemos que puede utilizarse indistintamente cualquier denominación, pues todos ellos tienen un valor entendido en la literatura jurídica, y una extensión tal, suficientes para su comprensión.

Para nosotros, y como luego tendremos ocasión de ver (infra. cap. VII), el silencio negativo y el silencio positivo presentan características propias y rasgos diferentes, dada la distinta naturaleza jurídica de ambos silencios. Su semejanza es puramente gramatical.

18. REQUISITOS DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACION

En general, puede hablarse de los requisitos que deben concurrir para la configuración de la institución del silencio administrativo.

Estos requisitos son los siguientes:

- a) formulación de una petición o reclamación ante la Administración.
- b) ausencia de notificación.
- c) transcurso del tiempo.
- d) denuncia de la mora.

La concurrencia de algunos de estos requisitos es esencial para la producción del silencio; otros, sin embargo, presentan un carácter accidental dependiendo más bien de la regulación concreta exigida por determinados ordenamientos jurídicos.

18.1. Formulación, por escrito, de una petición o reclamación ante la Administración. - El tantas veces mencionado artículo 117 C.N. garantiza el derecho que tiene toda persona de dirigir por escrito peticiones o reclamaciones ante los poderes públicos y autoridades. Esta parte del artículo es lo suficientemente amplia como para cubrir todos los casos de pretensiones, peticiones o instancias que puedan formularse ante la Administración, así como cualquier clase de reclamaciones o recursos que puedan presentarse. En ese sentido es como debe comprenderse el mencionado precepto, pues al estar concebido como una garantía constitucional, debe entenderse de una manera amplia y no limitativa. Por otra parte, las peticiones o reclamaciones deben ser dirigidas por escrito a la Administración.

Para que se produzca el silencio, la Administración debe dejar sin respuesta la petición o reclamación presentada, y en el sentido amplio propugnado por nosotros, se pronuncia González Pérez a la vista concreta de ciertas disposiciones aparentemente limitativas del ordenamiento jurídico español, al decir: "Siempre que se pida algo, cualquiera que sea el que lo pida, la forma en que se pida, entra en juego la doctrina del silencio" (60).

18.2. Ausencia de notificación. - Al determinar la naturaleza jurídica del silencio, hemos aludido, únicamente, al supuesto de inactividad administrativa, al silencio guardado por los administradores. Ahora bien, puede darse el caso de que la Administración haya dictado algún acto administrativo o tomado alguna decisión, pero no la haya notificado a los administrados; en este caso se aplica la figura del silencio administrativo.

La exigencia de notificar los actos o decisiones tomadas por la Administración presenta una considerable importancia, pues el acto trasciende a los particulares, y llega a su conocimiento únicamente mediante la notificación que se les haga. En este sentido, la Administración puede haber tomado cualquier decisión o dictado algún acto, pero si no lo notifica, se aplica la figura del silencio. No importa, o tiene muy poca importancia el hecho de que los administradores hayan preparado o tengan lista la decisión si no lo notifican a los particulares.

La razón de este requisito la encontramos en la configuración misma del Estado de Derecho; la Administración no puede, de ninguna manera, tomar sus decisiones de espaldas a los administrados, o mediante procedimientos secretos, o que éstas una vez

(60) GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", T.2º, pág. 466.

tomadas permanezcan ocultas. Por el contrario, los administrados pueden tomar parte en la elaboración de las decisiones administrativas, y aún más, tienen derecho a enterarse del contenido de esas decisiones. Cualquier procedimiento secreto u oculto es indigno de una Administración moderna que se precie de estar al servicio de los ciudadanos.

La aplicación de este principio la encontramos con las mayores garantías en el Ordenamiento jurídico nicaragüense, pues el artículo 117 C.N., in fine, establece el deber que tienen las autoridades de comunicar lo resuelto; se trata de una garantía fundamental para los particulares, según la cual la Administración tiene el ineludible deber de comunicar sus decisiones a la comunidad o a las personas particularmente interesadas. La notificación les permite enterarse del contenido de las decisiones, y a su vez les facilita la defensa; precisamente uno de los medios arbitrados por el derecho para evitar la indefensión de los particulares, es conceder a la ausencia de notificación, dentro del plazo previsto, los efectos del silencio.

En cuanto a la forma en que ha de hacerse la comunicación, pueden emplearse cualquiera de los sistemas admitidos por el derecho, tanto los medios clásicos, como los nuevos (cartas certificadas, telegramas, etc.) que permiten una mayor celeridad e informalismo en el procedimiento.

No es éste el momento ni el lugar adecuado para un análisis detallado de la notificación, pero baste dejar anotado el problema en el sentido de que si ella no se produce en el plazo señalado para que recaiga una resolución administrativa, se producen entonces los efectos del silencio administrativo a condición de que concurren los otros requisitos.

18. 3. Transcurso del tiempo. - Siendo la figura del silencio administrativo un hecho jurídico al cual el derecho concede determinadas consecuencias jurídicas, para que éstas se produzcan no sólo es necesario que concorra la inactividad administrativa (el hecho) sino, aún más, que transcurra cierto tiempo, sin decisión administrativa o sin que ésta haya sido comunicada, para la aplicación de los efectos del silencio.

Desde luego, el hecho de la inactividad administrativa constituye la materia prima, pero además esta inactividad debe de ser continua y mantenida durante cierto tiempo para que puedan aplicarse los efectos del silencio.

Los otros requisitos: formulación de una petición o reclamación, y ausencia de la notificación concurren en el tiempo; es decir el hecho de la inactividad administrativa debe darse durante un cierto tiempo, y ésta es la importancia que este requisito adquiere en la configuración del silencio administrativo. Antes habíamos hecho mención de este requisito al establecer ciertas diferencias entre el silencio y otras instituciones (prescripción y caducidad) que se basan, como él, en el transcurso del factor tiempo.

18. 4. Denuncia de la mora. - Como último requisito para que se produzca la figura del silencio, y sus efectos, mencionábamos la denuncia de la mora. Antes de continuar adelante es necesario dejar indicado que no se trata de un requisito esencial, sino de un elemento accidental que depende más bien de las exigencias concretas de determinados ordenamientos jurídicos.

En efecto, el estudio de los sistemas comparados nos ofrece dos soluciones: a) la del silencio automático, y b) denuncia de la mora.

La primera solución, la del silencio automático, ha sido dada por el país donde la institución tuvo su origen (Francia) entendiéndose que por el mero transcurso del tiempo, en el cual la Administración debía de pronunciarse, sin más, automáticamente se produce la figura del silencio administrativo y, consiguientemente, se entiende que ella tiene efectos denegatorios. La solución francesa fue establecida en el Decreto de 2 de noviembre de 1864 (artículo 7) y la Ley de 17 de julio de 1900 (artículo 3), disponiendo que: "En los asuntos contenciosos, los cuales no pueden someterse al Consejo de Estado sino en forma de recurso contra una decisión administrativa, cuando hayan transcurrido cuatro meses sin que haya recaído una decisión, las partes interesadas podrán considerar rechazada su instancia y acudir al Consejo de Estado!" En Francia, pues, se produce el silencio administrativo después de transcurridos cuatro meses, sin necesidad de ningún acto del particular, de una manera automática y siempre con efectos negativos.

La segunda solución, la de la denuncia de la mora, se encuentra en el ordenamiento italiano. La Ley provincial y municipal italiana dispone en su artículo 5º que: "Transcurridos ciento veinte días desde la fecha de presentación del recurso, sin que la autoridad requerida haya proveído, el recurrente podrá pedir, con instancia dirigida a la misma que el recurso sea resuelto. Transcurridos sesenta días desde la presentación de tal instancia, sin que haya recaído decisión, se considera desechado el recurso de todos los efectos legales". Es decir que después del transcurso de tres meses sin que haya mediado alguna resolución, el particular puede pedir, a la misma autoridad administrativa encargada de resolver, la resolución de la reclamación presentada después de esa nueva solicitud, transcurridos sesenta días y sin que haya mediado alguna respuesta, se entiende aplicable la figura del silencio

administrativo con todos sus efectos.

La solución italiana ha sido seguida por el derecho español, así la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 38) y la Ley de Procedimiento Administrativo, con redacción coincidente en el artículo 94, disponen: "Cuando se formulase alguna petición ante la Administración y ésta no notificase su de cisión en el plazo de tres meses, el interesado, podrá conside- rar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expre sa de su petición". El sistema español es exactamente igual al italiano, salvo en el aumento generoso de un mes más a favor de la Administración una vez denunciada la mora.

Es difícil señalar cual de los dos sistemas presenta mayores ventajas sobre el otro; teóricamente, y como advierte Garrido Falla, "Parece, en principio, que el sistema del silencio automá- tico es más propio de aquellos supuestos en que la institución só lo se aplica al ámbito de la vía de recurso, mientras que el sis- tema de denuncia de la mora sea más acorde con las exigencias de la vía de petición (61). Pero, como señala González Rivero, "El Derecho positivo no es consecuente con esta solución: se ha visto cómo el Derecho italiano permite la denuncia aún en vía de recurso y, para igual situación, las leyes francesas consa- gran la producción automática del silencio administrativo" (62).

El Derecho uruguayo, por su parte, no exige denuncia, enten- diendo que el silencio se produce automáticamente, tanto si se trata de peticiones como de reclamaciones.

(61) GARRIDO FALLA: "La Llamada Doctrina...", pág. 102.

(62) GONZALEZ RIVERO: op. cit., pág. 361 por nota.

La República Argentina, por medio de la Ley de 27 de septiembre de 1900, modificada por la Ley de 28 de septiembre de 1932, disponía que: "Si la resolución de la Administración se demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos". Actualmente la Ley de Procedimientos Administrativos, de 1972, dispone en su artículo 10, in fine, "Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución se considerará que hay silencio de la Administración".

La solución del sistema de la denuncia de la mora tiene sus defensores y sus detractores. Ejemplo de la primera postura, Garrido Falla, González Rivero, etc.; éste último dice: "...solución la más prudente y, en este caso, a todas luces favorable a la Administración" (63). Se entiende que la denuncia de la mora obra a modo de recordatorio a la Administración, pudiendo presentar la ventaja de que ella, ante el temor de verse llevada ante los tribunales contencioso-administrativos, procurará resolver la pretensión dentro del nuevo plazo que la ley le acorda, evitándose, de esta manera ulteriores recursos. Sin embargo el sistema tiene sus inconvenientes; López Rodo no se muestra partidario de este sistema, desde el mismo momento en que "complica el mecanismo del silencio administrativo, hace indeterminado su plazo y supone una

(63) GONZALEZ RIVERO: op. cit., pág. 362.

debilitación del carácter automático de los efectos del silencio al exigir la intervención del interesado en denunciar un hecho patente que a la Administración no es lícito olvidar: que tiene sin resolver una pretensión o reclamación" (64).

La denuncia de la mora presenta otro inconveniente, y es la indeterminación existente del plazo dentro del cual el particular puede denunciar la mora, y si lo hace, cuándo se entiende que caduca su derecho a beneficiarse de los efectos de esta institución. En España, Marqués Carbó, amparándose en el artículo 374 de la Ley de Régimen Local, entiende que el plazo de que goza el particular para denunciar la mora es de un año a contar del día de la presentación de la petición ante la Administración, lo que implica que, de no efectuar la denuncia en ese tiempo, pierde el derecho a beneficiarse del silencio administrativo (65). Otra solución dada a este problema concreto del plazo de la denuncia es la de González Pérez, quien entiende "que puede llevarse a cabo en cualquier momento, después de transcurrir aquel plazo primero de tres meses" (66).

Puestos en una situación de elección entre uno u otro sistema, ésta resulta difícil pues ambos presentan ventajas e inconvenientes. La institución del silencio de la Administración está pensada e instrumentada en beneficio exclusivo de los particulares, de ser ésto totalmente cierto y aceptado, debe admitirse sin reserva alguna la solución del silencio automático, pues bastará el

(64) LOPEZ RODO: op. cit., pág. 660

(65) Citado por GONZALEZ RIVERO: op. cit., pág. 365.

(66) GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", T. 2º, pág. 469.

transcurso del plazo señalado para que la Administración resuelva, y si no lo hace, se entienden producidos los efectos del silencio. El problema del silencio automático o de denuncia de la mora presenta mayor interés en los casos de silencio negativo.

Pero si se piensa que el silencio administrativo es una institución pensada e instrumentada no solamente en beneficio exclusivo de los particulares, sino además -aunque en menor grado e indirectamente- en beneficio de la Administración, encontramos una serie de ventajas en el sistema de la denuncia de la mora. Efectivamente, mediante esa especie de recordatorio dirigido a la Administración, se intenta que ella recuerde la existencia de una petición o reclamación presentada antes, instándola, de esta manera, a tomar una decisión, de hacerlo así qué duda cabe que se evitarían recursos posteriores.

Además, hay que tener en cuenta algunos inconvenientes, los del plazo para presentar ese recordatorio o denuncia; más bien denuncia, diríamos, pues lo que se trata es de denunciar la actitud negligente de la Administración. Por otra parte, la denuncia de la mora exige que se haga constar explícitamente su promoción por los interesados en los escritos a la Administración para que compelida ésta a resolver quede emplazada y advertida del alcance de su silencio si continúan guardándole. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia española (sentencia de 1 diciembre de 1964).

En los casos de lege ferenda, y teniendo presente los objetivos de este trabajo, debe señalarse un plazo para que pueda formularse esa denuncia, un plazo suficiente, pues de lo contrario nos encontraríamos con la paradoja de una institución articulada en beneficio de los administrados que se vuelve contra ellos.

Por otra parte si se desea ser consecuentes con la Administración y los administrados, nos inclinaríamos por la solución argentina pues en ella se establece un plazo de dos meses para que la Administración se pronuncie y aún de un mes más después de la denuncia de la mora. De esta manera, se articula un plazo suficiente para que la Administración se pronuncie: tres meses. Transcurrido ese plazo sin notificación alguna, el administrado puede deducir los recursos correspondientes sin verse obligado a una espera larga y perjudicial a sus intereses, sobre todo en los casos que requieren una acción inmediata por las pérdidas y daños irreparables que suele producir la demora.

CAPITULO VII

SILENCIO NEGATIVO Y SILENCIO POSITIVO

I

1. SILENCIO NEGATIVO

Las consideraciones realizadas, en capítulos precedentes, para la determinación del concepto y naturaleza del silencio administrativo, continúan siendo válidas a la hora de delimitar los llamados efectos negativos del silencio. Hasta cierto punto es lógico que sea así, pues debemos de recordar cómo en su país de origen esta institución comenzó teniendo efectos negativos, lo que, desde luego, tuvo una influencia considerable a la hora de la construcción de su naturaleza y concepto. Por las razones apuntadas, muchos de los conceptos y opiniones allí expuestos no tendrán que ser repetidos aquí, bastando con su mención para captar su importancia en el silencio negativo.

2. CONCEPTO

El silencio administrativo consiste en la inactividad formal de la Administración, dentro de un procedimiento, frente a las peticiones o reclamaciones de los particulares; a ese hecho, a ese callar de la Administración durante un cierto plazo sin que comunique al particular la decisión tomada, el Derecho concede efectos denegatorios para evitar la ambigüedad e incertidumbre provocada, pudiendo el particular deducir los recursos correspondientes.

3. NATURALEZA JURIDICA

3.1. Es un hecho jurídico, no un acto administrativo. - El silencio administrativo con efectos negativos es un hecho jurídico. Esto lo hemos afirmado en contraposición a los que creen ver en el silencio un acto tácito. El silencio no es un acto, no puede ser un acto pues le falta uno de los requisitos fundamentales: la voluntad. En el silencio no hay ninguna voluntad, ni tácita ni presunta. El silencio es un hecho, un hecho ambiguo al cual el derecho concede determinadas consecuencias jurídicas.

3.2. Es una ficción legal. - El Derecho concede efectos denegatorios al hecho del silencio mediante una ficción legal, es una creación de la ley en virtud de la cual la ley entiende desestimada una petición o reclamación de los particulares.

Al ser una ficción legal no estamos ante un acto administrativo, porque todo acto supone una voluntad, y en el silencio falta esa voluntad. Además, tampoco es una presunción, por una parte por

que la presunción es un medio probatorio y el silencio no es un medio probatorio; de otra parte, tampoco es una presunción porque falta la voluntad, en el silencio no se presume nada, el silencio no es nada, y la nada no hay que presumirla ni interpretarla; "el silencio es una ficción legal, y éstas no deben substantivarse, sino utilizarse uti valeat, en tanto que produce los efectos que el Ordenamiento pretende con su articulación, y estos efectos o fines, expresa y declaradamente queridos por la ley, son juntamente los de arbitrar un beneficio para el administrado y no un obstáculo, un perjuicio o una carga" (1).

3.3. No es una simple forma de terminar el procedimiento. -

Para algunos autores, el silencio es una de las formas de terminar el procedimiento administrativo; entre los que mantienen esta postura destaca, p. ej., Gabino Fraga, quien sostiene que la conclusión del procedimiento "tendrá que ser el acto o la resolución administrativa expresa o presunta en caso de silencio de la auto-ridad respectiva" (2).

(1) GARCIA DE ENTERRIA, E.: "Sobre Silencio Administrativo y Recurso Contencioso", R.A.P., nº47, 1965, pág.222. Cfr. MIGUEL S. MARIENHOFF: "Tratado de Derecho Administrativo", T.2º; dice: "La razón de ser de esta teoría o doctrina obedece a la necesidad de que los derechos de los administrados no quedasen fuera de la protección jurisdiccional de la justicia y no se les crease una situación de indefensión, lo que fatalmente ocurrirá si la Administración Pública en lugar de resolver las peticiones de los particulares guardase silencio, pues entonces, no habiendo acto administrativo, los administrados no podrán impugnar lo que no existe y sus pretensiones quedarían de hecho desconocidas y sus derechos frustrados" (págs. 319-320).

(2) GABINO FRAGA: "Derecho Administrativo", pág. 288.

Antes hemos sostenido nuestra total disconformidad con esta concepción, ya que, incluso en el silencio positivo, hay casos en los cuales no siempre supone una terminación del procedimiento. El silencio administrativo con efectos negativos está instituido en beneficio de los particulares, proporcionándoles garantía y seguridad frente a los perjuicios que podrían derivarse de la pasividad administrativa.

Que el silencio administrativo, con efectos negativos, no es una forma de terminar el procedimiento lo demuestra el hecho de que, en tanto la Administración no dicte una resolución expresa poniéndole fin, este permanece igual y en el mismo estado en que se encontraba antes de producirse el silencio formal, como si nada hubiera sucedido, pues no hay nada nuevo, lo único que permanece es el hecho de la ausencia de declaración administrativa. Prueba de que el silencio no termina el procedimiento es el hecho de las llamadas resoluciones tardías, que estudiaremos más tarde.

3.4. Es una ficción legal con efectos procesales. - El silencio es una ficción legal que concede determinados efectos jurídicos al hecho del silencio; en este caso se trata de efectos denegatorios. Estos efectos negativos atribuidos al silencio obedecen a la finalidad de suplir la ausencia del acto previo necesario para poder deducir los recursos correspondientes. Al silencio negativo no pueden ligarse efectos jurídicos materiales, debido a la ausencia de voluntad. Los efectos del silencio negativo son, sobre todo, procesales; en ese sentido se ha venido sosteniendo, por un sector de la doctrina, que esos efectos procesales son únicamente los de facilitar el acceso a la vía contencioso-administrativa; sin embargo, creemos que también puede dar origen a recursos administrativos. La solución, en todo caso, es de lege data, dependiendo del

ordenamiento jurídico concreto en que el jurista se sitúa. En este sentido, la sentencia de 25 de marzo de 1963 del Tribunal Supremo español dice: "la figura del silencio administrativo es garantía para los administrados frente a la demora de la Administración, por lo que, transcurrido el plazo del silencio, se presume la existencia de un acto que permite al interesado, si lo desea, el acceso a la vía administrativa o jurisdiccional".

3.5. No es una consecuencia de la doctrina del silencio en el derecho privado. - Frente a la postura sostenida por algunos autores de que la institución del silencio administrativo es una consecuencia de la doctrina del silencio en el derecho privado, hemos mantenido, en otro lugar, tanto su carácter autónomo como su fisonomía propia.

- La razón de ser de esta institución cuando produce efectos negativos, se encuentra en el fin perseguido: permitir, mediante una ficción legal, una mejor defensa de los derechos e intereses de los administrados. Frente al privilegio de la decisión previa surge el silencio administrativo como una garantía a favor de los administrados. Por esta razón, la técnica jurídica empleada para el silencio administrativo difiere notablemente de la doctrina del silencio elaborada en el derecho privado. No dudamos que existan puntos de coincidencia, pero estos son insuficientes para pretender montar sobre ella la afirmación de que la institución del silencio de la Administración sea una simple proyección de la doctrina del silencio en el derecho privado.

4. FUNDAMENTO: CONTRAPARTIDA DEL PRIVILEGIO DEL ACTO PREVIO

La institución del silencio administrativo es una construcción, una invención en beneficio de los particulares (3). La técnica de atribuir efectos negativos al silencio de la Administración constituye un medio de obviar las dificultades que, para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, podrían derivarse del privilegio del acto previo de que aquélla dispone. Efectivamente, al ser la jurisdicción contencioso-administrativa revisora de actos, y no de hechos, mediante la ficción del silencio queda obviado este obstáculo. De no existir esta ficción del silencio negativo, el mejor medio con que contaría la Administración para defenderse sería la inactividad, faltando a la misión y a los fines para la que ha sido estructurada.

El silencio negativo fue arbitrado para superar el obstáculo que la inexistencia de un acto anterior suponía, al montaje del aparato jurisdiccional sobre la base revisora de la decisión préalable (4). La técnica del silencio desestimatorio, libera, en cierto modo, a los particulares de las de otro modo insalvables consecuencias de la falta de pronunciamiento de la Administración. En este sentido el Tribunal Supremo español, en sentencia de 12 de diciembre de 1963, señala que la doctrina del silencio administrativo se fundamenta principalmente en evitar que, por el descuido o negligencia de un funcionario, se vea privado el administrado de acudir

(3) GUAITA, A.: "La Revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo", págs. 36 y ss.

(4) MARTIN MATEO, R.: "Silencio Positivo y Actividad Autorizante", R. A. P., nº48, págs. 207 y s. GARRIDO FALLA: "La llamada Doctrina del Silencio Administrativo", R. A. P., nº16, 1955 págs. 91 y ss.

a la vía jurisdiccional para que se le reconozcan los derechos que la Administración no le ha otorgado.

Fiorini asímila los efectos denegatorios del silencio con la denegación tácita para poder habilitar la instancia a través del recurso contencioso; sostiene que el silencio administrativo "Es una ficción dispuesta por la ley, para salvar la situación del particular que necesita la existencia de una decisión administrativa previa, para poder recurrir en defensa de sus derechos" (5).

5. REQUISITOS DEL SILENCIO NEGATIVO

Antes, hemos hecho referencia, de una manera general, a los requisitos del silencio administrativo. Corresponde, en este momento, estudiar esos requisitos de cara a los efectos negativos, aunque todo lo dicho anteriormente continúa siendo válido. Estos requisitos son los siguientes:

- a) Formulación de una petición o reclamación ante la Administración.
- b) Ausencia de notificación.
- c) Transcurso del tiempo.
- d) Denuncia de la mora.

5.1. Formulación, por escrito, de una petición o reclamación ante la Administración. - El primer requisito está dado por el artículo 117 C.N. que garantiza el derecho que tiene toda persona de dirigir por escrito peticiones o reclamaciones ante los Poded-

(5) FIORINI, B.: "Qué es el Contencioso", pág. 85, en "Manual de Derecho Administrativo", T. 1º, págs. 339 y s. No compartimos -como ya hemos señalado antes- la afirmación de que el silencio sea un acto tácito. Mismo sentido, MARIENHOFF: op. cit., t. 2º, pág. 319.

res públicos y autoridades. La redacción de este artículo es lo suficientemente amplia como para cubrir todos los casos de pretensiones, peticiones o instancias que puedan formularse ante la Administración, así como cualquier clase de reclamaciones o recurtos susceptibles de presentación.

Los supuestos que cubre el silencio administrativo son los de cualquier petición o cualquier reclamación. Esto es muy importante, pues en determinados ordenamientos jurídicos se sigue un tratamiento distinto según se trate de una petición en primera instancia o de un recurso.

El ordenamiento jurídico español, en el artículo 94, 1. de la vigente Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, en relación con el artículo 38, 1. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece el sistema de la mora para las peticiones de primera instancia. Pero hay quienes entienden que, a partir de la reforma de aquella Ley, en 1963, existe una regla especial para los recursos, siendo aplicable el silencio, en esos casos, sin necesidad de denunciar la mora, utilizándose el sistema del silencio automático en las peticiones en vía de recurso (6).

También se suscitan discusiones en la doctrina española acerca de si la institución del silencio es aplicable o no a determinadas materias. González Pérez estima que: "Siempre que se pida algo, cualquiera que sea el que lo pida, la forma en que se pida, entra en juego la doctrina del silencio" (7). Algunos lo consideran inaplicable en los casos de silencio en la vía económico-administrativa

(6) GONZALEZ NAVARRO, F.: "Estudio Preliminar", en Vol. I colectivo de "Procedimientos Administrativos Especiales", págs. 38-39.

(7) GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", 2ª ed., T. 2º, pág. 446.

(8) y quienes lo consideran aplicable (9). Respecto a la reposición previa al recurso económico administrativo, González Pérez estima admisible el silencio administrativo con carácter desestimatorio (10). En recurso de súplica, donde tampoco existen reglas especiales, se considera también aplicable (11). En lo que se refiere al recurso de revisión se considera admisible la figura del silencio, aunque es preciso denunciar la mora (12). También se considera aplicable en materia de orden público (13).

5.2. Ausencia de notificación. - El segundo requisito del silencio negativo es la ausencia de notificación. La Administración puede haber tomado cualquier decisión o incluso haberla preparado, pero si no lo notifica, si no la da a conocer a los particulares en el plazo señalado por la ley, se entiende aplicable la figura del silencio administrativo, pudiendo deducirse los recursos administrativos o jurisdiccionales correspondientes.

En Nicaragua, el artículo 117 C.N., además de señalar la obligación de las autoridades de resolver las peticiones o reclama-

(8) GUAITA, A.: "Derecho Administrativo Especial", 3ªed., Zaragoza, 1969, págs. 253 y s.

(9) GONZALEZ NAVARRO, F.: Recensión al libro de Guaita, "Derecho Administrativo Especial" en R. A. P., nº47, 1965, pág. 542.

(10) GONZALEZ PEREZ, J.: "Los Recursos Administrativos", 2ªed., 1969, págs. 237 y s.

(11) GARRIDO FALLA, F.: "Tratado de Derecho Administrativo", vol. 3º, pág. 169. Cfr. GONZALEZ PEREZ: "Los Recursos...", pág. 421.

(12) GARRIDO FALLA: "Tratado...", T. 3º, pág. 177. Sin embargo, GUAITA, en "La Revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo" pág. 41, no comparte esa solución, estimando que en los casos de recurso administrativo de revisión nunca entra en juego el silencio administrativo.

(13) GONZALEZ PEREZ: "Los Recursos...", pág. 440.

ciones que les sean interpuestas, establece el deber que tienen de comunicar lo resuelto a los interesados.

5.3. Transcurso del tiempo. - Se trata de un requisito esencial para la configuración del silencio de la Administración; desde luego, el hecho de la inactividad administrativa constituye la materia prima para su configuración, pero esa inactividad debe ser continua y mantenida durante cierto tiempo.

Es importante clarificar este requisito debido a las posibles confusiones que el silencio puede presentar con otras instituciones que también se basan en el transcurso del factor tiempo (prescripción y caducidad).

5.4. Denuncia de la mora. - En capítulos precedentes hemos indicado que no se trata de un requisito esencial para la configuración del silencio; perfectamente puede utilizarse el llamado sistema del silencio automático. Por esta razón, y como hemos tratado ampliamente este tema en otro lugar, nos remitimos a cuanto allí hemos dicho. La denuncia de la mora, ha precisado la jurisprudencia española, puede efectuarse sin limitación de tiempo (s. de 23 de enero de 1960), en cualquier momento, una vez transcurridos los tres meses (s. de 10 de abril de 1959), y habrá de realizarse de forma expresa, de suerte que se deduzca claramente que ésta fue la intención del administrado (s. de 1 de diciembre de 1964). La sentencia de 3 de febrero de 1964 señala que para producirse la denegación presunta es necesario el cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 94 L.P.A., transcurso del plazo de tres meses, denuncia de la mora, y nuevo plazo de igual duración desde dicha denuncia, sin lo cual no existe acto presunto recurrible.

6. EFECTOS DEL SILENCIO NEGATIVO

Precisados los requisitos que deben concurrir para la existencia del silencio administrativo con efectos negativos, nos corresponde ahora examinar sus efectos propiamente dichos. Estos efectos se producen en dos sentidos: a) respecto a los administrados, y b) respecto a la Administración.

6.1. Respecto a los administrados. - Una vez producido el silencio negativo, el derecho arbitra una serie de posibilidades a favor del administrado para la mejor defensa de sus derechos, pudiendo acogerse a cualquiera de estas soluciones: 1ª) interponer un recurso (administrativo o jurisdiccional); 2ª) esperar la resolución expresa de su petición.

En el primer caso, frente al sentido negativo o desestimatorio de las pretensiones de los particulares, estos pueden interponer un recurso contra esa denegación; recurso que puede ser de carácter administrativo o de carácter jurisdiccional según proceda. Esto es muy importante, pues hasta hace algún tiempo se venía pensando que únicamente cabían recursos jurisdiccionales; sin embargo, la moderna doctrina acepta sin reservas la solución apuntada por nosotros. Desde luego que los plazos de interposición de estos recursos varían según sean administrativos o jurisdiccionales, debiéndonos atener en cada caso a la solución concreta dada por el ordenamiento jurídico.

Otra solución posible, de la cual puede hacer uso el administrado, es la de esperar a que la Administración resuelva expresamente su petición, y así lo ha entendido la jurisprudencia española (s. s. de 22 de enero y 15 de febrero de 1960). Estamos aquí alu-

diendo otro problema: el de la resolución tardía, problema que preferimos tratar más adelante.

6.2. Respecto a la Administración. – El problema se plantea en los siguientes términos: una vez transcurrido el plazo dentro del cual la Administración debía de resolver y no lo ha hecho, ¿Sigue teniendo competencia para dictar un acto expreso? Creemos que la denegación producida por los efectos del silencio no exime a la Administración del deber de resolver expresamente.

Tal y como queda definido el problema, observamos la estrecha relación que guarda con la posibilidad de que el administrado espere una resolución expresa por parte de la Administración. Vamos a enfocar estos problemas bajo el nombre de la resolución tardía.

7. LA RESOLUCION TARDIA

El artículo 117 C.N. establece la obligación que tienen las autoridades de resolver expresamente las peticiones o reclamaciones que les sean presentadas. Pese a las buenas intenciones del legislador constitucional, la práctica demuestra que la Administración utiliza la técnica del silencio para desestimar las pretensiones de los particulares. Para que esa obligación sea efectiva se hace necesario, entre otras medidas, articularla a una adecuada configuración legal que establezca un sistema estructurado de sanciones y medidas preventivas que sirvan de acicate a la actuación administrativa.

Transcurrido el plazo dentro del cual la Administración debió pronunciarse, puede suceder que ella quiera o desee resolver expresamente las peticiones o reclamaciones que le fueron presentadas. ¿Es esto posible? ¿No habrá perdido la oportunidad de pro-

nunciarse por su propia negligencia?. La respuesta que damos a este problema es rotunda y afirmativa, no caben vacilaciones ni dudas: la Administración no sólo puede pronunciarse tardíamente, sino que debe hacerlo expresamente en cualquier tiempo. El transcurso del plazo del silencio no exime a la Administración del deber de pronunciarse expresamente.

El transcurso del plazo del silencio sin pronunciación expresa de la Administración no implica, de ninguna manera, pérdida de competencia; al contrario puede hacer uso de ella en cualquier momento, aunque sea tardíamente. Nos basamos en los siguientes argumentos: a) en el deber constitucional señalado por el artículo 117 C.N.; b) por tratarse de un deber institucional. Efectivamente, la obligación impuesta a la Administración de dictar resoluciones expresas, no es solamente una obligación legal más o menos categórica, sino un deber institucional, consecuencia de la misma configuración de la Administración pública como organización concebida al servicio de la comunidad. La Administración tiene el deber institucional de adoptar en cada caso, y de acuerdo a las circunstancias, las medidas más convenientes para la satisfacción del interés público, respondiendo en cada caso las cuestiones que le sean presentadas (14).

Los efectos que producen las resoluciones administrativas tardías pueden ser contemplados desde dos perspectivas distintas:

(14) FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: "Silencio Negativo...", págs. 294 y s. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA: "Sobre Silencio Administrativo", pág. 216; señala este profesor los precedentes jurisprudenciales y de agravios anteriores a la ley de la jurisdicción de 1956; destacaban la llamada doctrina del carácter improrrogable de los plazos, la doctrina del acto consentido, o la de la resolución administrativa tácita que impedía volver sobre sus propios actos, caracterizadas por su rigidez y formalismo.

la perspectiva procesal y la que ofrece el Derecho material (15).

Desde el punto de vista procesal se trata de saber si la resolu
ción tardía rehabilita los plazos para recurrir, supuesto que no
se hubiesen utilizado los oportunos recursos contra la resolución
denegatoria acordada al silencio. La respuesta hay que encontrarla
en la naturaleza misma de la institución, esto es la de constituir
una garantía para los particulares frente a las demoras de la Ad-
ministración; por supuesto que se rehabilitarán los plazos para
recurrir contra la resolución tardía.

Hay quienes señalan que la expresión "reabrir" empleada cuando
se habla de resoluciones tardías, es muy gráfica, pero que en
cierto modo resulta equívoca, ya que en realidad no se reabre un
plazo fenecido, sino que comienza un plazo nuevo de los dos que
excepcionalmente prevee la ley para los caso en que medie el si-
lencio de la Administración. Uno comienza a partir de la fecha de
producción del silencio y otro a partir de la resolución expresa
que el silencio deja pendiente. Siendo éste último un plazo nuevo
y distinto contra el acto inicial y contra la resolución tardía del
recurso administrativo deducido contra aquél, que nada tiene que
ver con el primero. Al ser dos las facultades, son también dos
los plazos (16).

Desde el punto de vista del Derecho material el problema consiste
en saber si la Administración pierde o no su competencia para
resolver un asunto una vez que ha transcurrido el plazo del silente

(15) GARRIDO FALLA: "El Silencio Administrativo en la Nueva
Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa" R. E. V. L., nº
91, 1957, págs. 58 y ss.; Cfr! "La Llamada Doctrina. .", págs. 110 y
ss. GARCIA DE ENTERRIA: "Sobre Silencio Administrativo y Recurso
Contencioso" in totum.

(16) FERNANDEZ RODRIGUEZ: "Silencio Negativo. .", pág. 290
por nota.

cio. La solución se encuentra en la naturaleza de la institución, resultando que la Administración no sólo puede, sino que debe resolver expresamente. El profesor Garrido Falla entiende que esta facultad, y deber simultáneamente, de resolver expresamente el asunto después del silencio no se extingue ni siquiera por el hecho de que el particular hubiese utilizado debidamente el recurso contencioso-administrativo, con la siguiente salvedad, "Hay que reconocer, empero, que este supuesto sólo se dará extraordinariamente si la tramitación del recurso contencioso-administrativo está tan avanzada que ya se ha enviado el expediente administrativo al tribunal; pues el envío de dicho expediente supone, al menos de facto, la pérdida de la competencia de la Administración sobre el asunto. A la Administración le debe estar vedado resolver "de memoria" " (17).

La doctrina española ofrece también ideas contrarias a las sostenidas por el anterior citado profesor Garrido Falla; así, González Rivero, aduciendo argumentos de lege data, y basándose en el artículo 90, 1. de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sostiene que la obligación de la Administración de dictar resolución expresa dura en tanto en cuanto el Tribunal Contencioso-Administrativo decida y no hasta el momento de enviar el expediente administrativo al Tribunal, porque, de ser así, la obligación propugnada no sería tal; bastaría que el interesado acudiese al Tribunal, y éste entrara a conocer del fondo del asunto, para que la Administración se viera desligada de ella. Pero si la Admi

(17) GARRIDO FALLA: "El Silencio Administrativo en la Nueva...", págs. 61 y 62. En este artículo el profesor Garrido Falla mantiene ideas sostenidas antes de la promulgación de la nueva ley contencioso-administrativa de España (en "La Llamada Doctrina del Silencio Administrativo", R. A. P., nº16, 1955) e incluso contra la solución dada por la nueva ley.

nistración -dice así textualmente- decide favorablemente después de transcurrir el plazo de silencio, su decisión vincula al Tribunal, por la simple razón de que ha dado solución al problema que se debatía (18).

8. LA RESOLUCION TARDIA Y LA EXISTENCIA DE DERECHOS A FAVOR DE TERCEROS

El problema de la resolución tardía se ha enfocado principalmente en el supuesto de que exista un administrado frente al silencio de la Administración. En este sentido se ha estimado por la doctrina que la resolución estimatoria tardía es plenamente válida, puesto que el recurrente puede esperar a la resolución expresa o recurrir la desestimación por silencio; y la resolución desestimatoria reabre el plazo para recurrir.

Sin embargo, es posible que pueda plantearse el caso de que exista un conflicto privado de intereses -entre dos administrados- sobre el que incide un acto administrativo. De una parte existe el deber que tiene la Administración de dictar una resolución expresa, de otra, el conflicto de dos intereses privados: el beneficiario de un acto que puede verlo declarado nulo años más tarde, cuyos derechos e intereses quedan así pendientes de forma indefinida, y el del recurrente que puede optar entre recurrir la desestimación por silencio o esperar la resolución expresa (19).

Este supuesto ha sido objeto de consideración expresa por una reiterada jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo Es

(18) GONZALEZ RIVERO: op. cit., págs. 371 y s.

(19) RAFAEL GOMEZ FERRER: "Resoluciones Tardías y Conflicto de Intereses Privados" R. A. P., nº68, 1972, págs. 187 y ss. GARCIA DE ENTERRIA: op. cit., pág. 219.

pañol, inclinándose por sostener la nulidad de la resolución tardía estimatoria del recurso, y, en el caso de ser desestimatoria, por entender que la resolución tardía no reabre el plazo para recurrir ante la jurisdicción contenciosa.

Gómez Ferrer analiza esta jurisprudencia, entre ellas, las sentencias de 1 de julio de 1969, 6 de marzo de 1970, etc.; el Tribunal Supremo se basa en los siguientes argumentos para declarar la nulidad de la resolución tardía cuando ella estima el recurso: 1º) la desestimación por silencio es un acto; 2º) la nulidad de la resolución tardía deriva del artículo 49 L.P.A.; 3º) puede, no obstante, ser válida como revisión de oficio; y 4º) la nulidad que se proclama viene exigida por la seguridad jurídica.

Cuando la resolución tardía desestima el recurso, es lógico pensar que el recurrente puede impugnar esta resolución en vía contenciosa cuando sea desestimatoria. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha entendido que no puede impugnarse cuando existe planteado un conflicto privado de intereses (sentencia de 8 de febrero de 1969), fundándose en la firmeza del acto primitivo, adquirido por el transcurso de un año desde la interposición de la reposición sin haber acudido al contencioso contra la desestimación por silencio.

Gómez Ferrer critica esa tesis jurisprudencial, entre otras razones pues "si el interés del beneficiario del primitivo acto es digno de protección -dice- también lo es el interés del recurrente, que es el único que ha sido contemplado por el legislador. La solución no puede, pues, consistir en sacrificar el interés del segundo al del primero, porque ello no se ajusta al Ordenamiento jurídico" (20). Resultando además parcialmente justa, "y mientras

(20) GÓMEZ FERRER: op. cit., pág. 209.

tanto, quien queda incólume en esta composición de intereses es precisamente la única parte en el proceso que verdaderamente ha incumplido su obligación o, más precisamente, que la ha cumplido irregularmente: la Administración demandada" (21). Las consecuencias del retraso debe sufrirlas única y exclusivamente la misma Administración y no los administrados titulares de los intereses privados en conflicto. Una solución para este caso sería admitir la validez y eficacia de la resolución debatida.

Esta solución permitiría: considerar al silencio negativo como una ficción legal en todos los casos; el acto primitivo no ganaría firmeza en ningún caso antes de la resolución tardía; la resolución tardía estimatoria será siempre plenamente válida y eficaz; la resolución tardía desestimatoria sería siempre recurrible en vía contenciosa; y, además, la facultad de opción para recurrir la desestimación tácita no se convertiría en una carga en determinados supuestos (22).

Esta solución es preciso estructurarla con un adecuado sistema de responsabilidades derivadas del retraso de la Administración, la que deberá responder de los daños y perjuicios que, con su retraso, haya ocasionado a los intereses privados en presencia.

Por otra parte, las anteriores consideraciones llevan a una afirmación: la resolución tardía estimatoria del recurso no adolece de vicio de nulidad si se ajusta, en cuanto al fondo, al Ordenamiento jurídico, siendo entonces plenamente válida y eficaz; en casos excepcionales, puede admitirse la ejecución mediante indemnización sustitutiva.

(21) GOMEZ FERRER: op. cit., pág. 210.

(22) GOMEZ FERRER: op. cit., pág. 211.

La solución denegatoria del silencio puede constituir una fuente de derechos en los supuestos en que en el asunto tratado tenga al gún interés un tercero cuya situación jurídica dependa de que se niegue o reconozca su derecho al recurrente. Es evidente que en estos casos el silencio puede determinar la firmeza de una situación jurídica que la beneficie. Una resolución tardía expresa implicaría su revocación.

Cuando se ha producido el acto denegatorio, y siempre que se deriven derechos para un tercero, se produce irrevocablemente una situación jurídica de firmeza. Es cierto, y hay que admitirlo así, que aun existiendo un deber legal e institucional de pronunciarse expresamente sobre toda petición que se formule ante la Administración, aunque sea tardíamente; la resolución expresa tardía no puede perjudicar a los derechos subjetivos nacidos del acto tácito denegatorio, ya que lo contrario supondría que la Admi nistración goza del privilegio de poder ir contra sus propios actos. El Tribunal Supremo Español reconoce (sentencia de 9 de octubre de 1963) que cuando transcurre el plazo señalado en el número 2 del artículo 58 L. J. C. A., y siempre que del acto tácito denegatorio se deriven derechos para un tercero, se produce irrevocablemente una situación jurídica de firmeza.

Por otra parte, aun siendo legal y obligatorio para la Administración, el resolver expresamente, sin consideración al plazo, y por lo tanto sin sujeción a la desestimación presunta que se deduce del silencio administrativo, es cierto que esta resolución tardía, si bien considerada en sí misma, es un acto legítimo y válido, no puede perjudicar a los derechos subjetivos nacidos de un acto firme anterior, pues lo contrario supondrá que la Administración puede ir contra sus propios actos, "y harían por tal camino total-

mente ilusorio cuando no arbitraria la seguridad jurídica de los derechos adquiridos" (sentencia del Tribunal Supremo español de 18 de mayo de 1964).

9. LA DESVIACION DE PODER Y EL SILENCIO NEGATIVO

La desviación de poder consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los señalados por el ordenamiento jurídico. La desviación de poder está en función del elemento fin, lo que en principio la hace inaplicable a los otros elementos del acto administrativo, sin embargo es posible que en determinados casos pueda afectar a los demás requisitos del acto administrativo (23).

En el silencio como la Administración no resuelve expresamente las peticiones o reclamaciones que le son presentadas, ni como tampoco comunica la resolución en el plazo señalado, faltan el contenido, los motivos y el fin del acto con lo que resulta bastante difícil saber, a través del silencio, si la Administración incurrió en desviación del poder. Para determinar si ha habido desviación de poder sería necesario indagar en la naturaleza, carácter y detalles de la petición formulada y sobre todo en las intenciones de la Administración (las que debió tener), por lo que resulta muy difícil y casi imposible que en el silencio pueda encontrarse la desviación de poder, pues se desconoce si en el ejercicio de las po-

(23) Sobre la desviación de poder, cfr. LAUBADERE: "Traité...", T. 1º, págs. 501 y ss.; DEBBASCH: "Droit Administratif", págs. 560 y ss; WALINE: "Précis...", págs. 346 y ss; SAYAGUES LASO, E: "Tratado de Derecho Administrativo", T. 1º, págs. 449 y ss.

testades administrativas la Administración lo hizo para fines distintos a los señalados por el Ordenamiento jurídico al faltar los motivos, el contenido y el fin. De existir desviación de poder no lo estará en función de la ficción del silencio, sino en el acuerdo o acto anterior, al que el interesado se refiera al hacer y fundamentar su petición; "Pero entonces puede darse el caso de que si, por ejemplo, la Administración desvió su poder -aunque no esté declarado así- en el acuerdo anterior- el que le ha servido de precedente al solicitante para pedir- lo que después peticiona éste, en realidad, si se entiende desestimado por silencio, no podrá invocar que hubo desviación de poder, pues tal postura significaría invitar a la Administración a que sobre la base de un acto que esté impregnado de desviación de poder volviera a realizarlo en obsequio del solicitante, y ello parece contrario al Derecho y a la moral" (24).

En los trámites de petición inicial resulta muy difícil determinar mediante el silencio de la Administración, si hubo o no desviación de poder. En cambio, puede deducirse si hubo resolución expresa denegatoria con motivos y fines, si interpuesto un recurso administrativo, deja la Administración de notificar su decisión dentro del plazo previsto, puesto que la denegación de dichos recursos por silencio administrativo, ya tiene el precedente de una resolución anterior, en la que se habrán manifestado los motivos y fines del acuerdo, y en los que podrá ponderarse si la Administración desvió su poder (25).

(24) TRUJILLO PEÑA, J.: "La Desviación de Poder en relación con el Recurso de Apelación y el Silencio Administrativo", R.A.P. nº35, 1961, pág. 163.

(25) TRUJILLO PEÑA, J.: op. cit., pág. 164.

10. IMPORTANCIA Y EXTENSION DEL SILENCIO NEGATIVO

La importancia del silencio de la Administración viene dada por la propia configuración y teleología que anima a la institución : servir de garantía a las peticiones frente a la inactividad formal de la Administración.

La extensión del silencio negativo es muy amplia; y tanto la doctrina como la jurisprudencia y el legislador han mostrado especial preocupación porque su extensión sea la más amplia posible para cubrir todas las pretensiones o reclamaciones que puedan esgrimir los particulares, bien sea en vía de petición o de recurso. Abarca los supuestos que puedan plantearse no sólo en el ámbito de la Administración central, sino, además, en el campo de la Administración local e institucional. Se pretende que la protección del silencio administrativo cubra a los particulares en todos los dominios y esferas en donde tengan que tramitar peticiones ante organismos administrativos.

La extensión e importancia acordadas a la solución negativa del silencio se aprecia en la difusión considerable que estos efectos han alcanzado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, a tal extremo que no resulta extraño que el silencio negativo haya entusiasmado a la doctrina que ha creído ver en él la única solución normal; cualquier otra solución (silencio positivo) ha sido vista como excepcional.

En Francia, la doctrina se mostró partidaria del silencio negativo, no pudiendo entenderse confirmatorio sin la existencia de un precepto legal que así lo estableciera. La doctrina francesa ha visto siempre en la figura del silencio una atenuación al privilegio de la "décision préalable": la ley de 17 de julio de 1900, en su artículo 3º, estableció la regla según la cual el silencio de la

Administración después de 4 meses es considerado como una decisión implícita de desestimación contra la que cabe un recurso jurisdiccional (26).

La legislación italiana contempla el problema del silencio negativo con carácter general, en el artículo 5º del texto refundido de la Ley comunal y provincial de 3 de marzo de 1934. Con anterioridad a esta ley, la jurisprudencia se mostró vacilante, dándose casos en que el Consiglio di Stato admitió el silencio positivo; actualmente estos casos presentan un carácter excepcional (27).

En Alemania, Fleiner en principio se muestra enemigo del silencio administrativo, aunque más tarde parece admitirlo con carácter, al parecer, denegatorio (28).

Portugal ofrece como regla general la solución negativa, encontrándose casos, a modo de excepción, de silencio positivo.

México establece en el artículo 8º de la Constitución la obligación que tienen las autoridades de resolver expresamente las peticiones o reclamaciones que les sean dirigidas. Al lado de esa disposición se encuentran otras que regulan el silencio administrativo con efectos negativos, tal es el caso del artículo 162 del Código Fiscal de la Federación. La doctrina mexicana se ha incli

(26) DEBBASCH, C.: "Droit Administratif", págs. 518 y s.; "Procédure Administrative Contentieuse et Procédure Civile". LAUBADERE: "Traité élémentaire de Droit Administratif", 5ª ed., pág. 465. Es posible, empero, encontrar casos de silencio positivo en materia de descentralización, urbanismo, reglamentación de profesiones y consultas a organismos administrativos; cfr. ISAAC: op. cit., pág. 360.

(27) Cfr. ZANOBINI: "Curso de Derecho Administrativo", T. 1º, págs. 362 y ss. ALESSI: "Instituciones de Derecho Administrativo", T. 1º, págs. 258 y ss.

(28) Referencia tomada de GONZALEZ RIVERO: op. cit., pág. 340.

nado por la solución negativa del silencio de la Administración (29).

Argentina en la ley de procedimiento administrativos de 1972 establece, en el artículo 10, como regla general: "El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un procedimiento concreto, se interpretarán como negativa". La doctrina argentina ha venido confiriendo un valor denegatorio al silencio administrativo (30).

Por otra parte, el silencio negativo ha sido estimado por algunos como la solución más adecuada al interés público, sin olvidar los derechos e intereses de los administrados (31). Martínez Useros sostiene que ésta es la solución más atinada, y funda su opinión en el propio panorama de la vida administrativa; afirma que las simples omisiones y posibilidades no deben prevalecer pues traerían como consecuencia grandes perturbaciones en las relaciones administrativas; se muestra contrario de la solución positiva y dice: "La solución de dar un significado denegatorio al silencio obstinado de la Administración en resolver las reclamaciones que se le formulen, es, a nuestro juicio, la más atinada" (32).

(29) Cfr. GABINO FRAGA: "Derecho Administrativo", pág. 298; ANDRES SERRA ROJAS: "Derecho Administrativo", pág. 287; JORGE OLIVERA TORO: "Manual de Derecho Administrativo"; ALFONSO NAVA NEGRETE: "Derecho Procesal Administrativo", págs. 241 y s.

(30) Cfr. FIORINI, B.: "Qué es lo Contencioso", págs. 85 y s. BIELSA: "Sobre lo Contencioso Administrativo", págs. 174 y ss.; "Derecho Administrativo", T. 2º, págs. 27 y ss. GORDILLO: "El Acto Administrativo", 2ª ed., 1969, págs. 322 y s. MARIENHOFF: op. cit., págs. 318 y ss.

(31) GONZALEZ RIVERO: op. cit., págs. 341 y ss.

(32) MARTINEZ USEROS, E.: "La Teoría del Silencio Administrativo en el Régimen Jurídico Municipal Español", R. E. V. L., nº 32, 1947, pág. 169.

La concepción señalada es la más extendida en la doctrina y así se pronuncian la mayoría de los autores; en este sentido, Garrido Falla estima que el silencio positivo puede ocasionar perjuicios irreparables a la Administración (33).

Sin embargo, la solución negativa del silencio administrativo no es unánime, habiendo autores que se muestran partidarios de la solución contraria (como se verá en su momento). En esta línea destaca Abella, quién se muestra como el más decidido enemigo del silencio negativo en el Derecho español, y aun de la institución en general, como se deduce de las siguientes líneas: "Nosotros hemos criticado esta institución, calificándola como la reglamentación de la descortesía y de la inercia burocrática. Para constituir esta teoría se han empleado desafortunadamente los materiales de las presunciones. No hay razón -lo hemos escrito muchas veces- para entender, con efectos jurídicos, que cuando la Administración silencia un asunto sobre el que debió pronunciarse, significa su desaprobación o negativa. Lo único lógico y contundente que se deriva de la pasividad administrativa es la abulia censurable, cuando no la maniobra habilidosa para desorientar al ciudadano; lo demás es sofístico y artificiosamente absurdo... Observamos que, con toda la prudencia que debe informar constantemente la creación de instituciones trascendentales, se va abriendo camino el criterio que nosotros hemos venido so

(33) GARRIDO FALLA: "La Llamada Doctrina...", pág. 99; "El Silencio Administrativo en la Nueva Ley...", pág. 56, donde defiende el silencio negativo. Cfr. LOPEZ RODO: "Necesidad de una Nueva Regulación...", pág. 664; ROYO VILLANOVA -en "El Silencio Positivo", pág. 826- dice: "Dando al silencio un valor negativo, no se producen, en general, daños, sino ventajas. No se introduce cambio en las relaciones jurídicas, sino que se mantiene el statu quo. Si se considera que la solicitud del particular ha sido desestimada, éste no adquiere el derecho que pide", etc.

teniendo; es a saber: o no se reconoce el silencio administrativo, o, en caso de incrustarse en las leyes, no hay razón alguna para sobrentender, en todo caso, que la omisión, la actitud pasiva de la Administración, significa la desestimación de lo solicitado por el ciudadano" (34).

Muchas de las críticas hechas por Abella deben considerarse totalmente superadas; en efecto, la doctrina moderna ha demostrado que la teoría no está montada sobre los materiales de las presunciones, sino que se trata de una ficción legal establecida para proteger a los particulares; desde luego que la inactividad administrativa es, bajo todos los ángulos que se contemple, censurable, pero ello no debe conducirnos hasta el extremo de negar toda eficacia a la institución. Estamos de acuerdo en la observación hecha de que no hay ninguna razón para sobrentender que la pasividad administrativa signifique siempre desestimación de lo solicitado por el ciudadano.

11. SUPUESTO DE VARIAS PETICIONES, RESUELTAS UNAS NEGATIVAMENTE Y SILENCIADAS OTRAS

Uno de los supuestos que plantea mayor dificultad, es el del peticionario que formula varias peticiones a la Administración, de las cuales unas son resueltas negativamente y otras silenciadas. En el caso de las peticiones resueltas negativamente no hay ningún problema, pues sobre ellas ha recaído resolución expresa, siendo por lo tanto, recurribles. El problema se plantearía res-

(34) Citado por GONZALEZ RIVERO: op. cit., pág. 342 por nota (texto tomada de la obra de ABELLA: "Régimen Local", Madrid, 1956, pág. 540).

pecto a las peticiones no resueltas, aplicando el mecanismo de la técnica del silencio negativo pueden considerarse desestimadas, pudiendo también ser recurridas.

Ahora bien, como el silencio presupone el transcurso de un cierto tiempo, y normalmente el plazo para recurrir en la vía contenciosa es distinto según se trate de una resolución denegatoria expresa o por el silencio, el problema se plantearía en la actitud que debe tomar el recurrente. Se ofrecen dos soluciones: a) recurrir la resolución expresa cuanto ésta se notifique y la solución denegatoria por el silencio cuando ella se produzca (in dependientemente de que sea por silencio automático o por denuncia de la mora), sin embargo parece poco conveniente para el particular y para el tribunal sobre todo si ambas cuestiones, la resuelta y la no resuelta, guardan cierta conexión entre sí; b) o bien, al recurrir contra la resolución expresa, pedir también lo no resuelto, lo que parece más ventajoso, aunque presenta el inconveniente de que lo no resuelto es irrecorrible mientras no se produzca el silencio administrativo. Refiriéndose al ordenamiento jurídico español, Guaita dice: "Con todo me parece preferible esta segunda solución (principio de economía procesal), que llevaría como a precipitar a adelantar la producción del silencio. Pero como ya se ha dicho, tampoco en este caso se da incongruencia, pues se adelante o no el silencio, una vez éste se considere producido, la cuestión está resuelta (o como si lo estuviera; da lo mismo)" (35).

El Tribunal Supremo español (sentencia de 4 de febrero de 1964) señala que deducida una solicitud y denunciada la mora en

(35) GUAITA, A.: Voz "Incongruencia de los Actos Administrativos", N. E. J. , Tomo XII, pág. 182, Ed. Seix, Barcelona, 1965.

resolver por el transcurso de tres meses después sin adoptarse acuerdo, se reputa denegada tácitamente la petición en cuanto a todos los extremos comprendidos en la solicitud, con completa independencia de que con posterioridad se acordara en forma expresa en cuanto a uno de sus pedimentos, por lo que aquellos otros han de entenderse desestimados en todo caso.

12. SILENCIO NEGATIVO Y LOS INTERESADOS QUE NO INCOARON EL PROCEDIMIENTO

La institución del silencio de la Administración ha sido establecida y concebida como una garantía a favor de los Administrados. No obstante esa finalidad, el silencio administrativo se ha olvidado de la situación de los interesados que no incoaron el procedimiento, situación que es preciso analizar "bien para extender a los mismos los efectos de la institución, o para salvaguardar sus derechos o intereses de los efectos del silencio aplicado a favor del peticionario" (36).

El silencio administrativo se ha revelado como un instrumento eficaz para combatir la inactividad administrativa, salvaguardando los derechos de los particulares, ¿porque entonces, no hacerlo extensivo a los terceros interesados que normalmente gozan de los mismos derechos y condiciones?

En los casos de silencio negativo debemos distinguir dos situaciones: a) cuando el procedimiento lo ha incoado la misma Administración; b) cuando ha sido incoado a solicitud de parte.

En el primer caso, si al silencio se le conceden efectos negativos para los solos efectos de poder deducir los recursos corres-

(36) GONZALEZ PEREZ: "El Silencio Administrativo y los Interesados que no incoaron el Procedimiento Administrativo", R. A. P., nº68, 1972, pág. 236.

pondientes, al ser la Administración lo que incoó el procedimiento, el problema aparentemente carece de sentido, planteándose más bien en los casos de silencio positivo. Si se declara la caducidad ésta no produciría por si sola la prescripción de las acciones, lo que no impediría que la Administración pudiera incoar un nuevo procedimiento con idéntico objeto, con lo que la situación que se pretendió superar surge de nuevo idéntica. Una posible solución sería dejar sin efecto las medidas cautelares adoptadas (ej.: suspensión provisional de funciones) desapareciendo así las medidas perjudiciales derivadas de su existencia.

En el segundo caso, es decir los procedimientos iniciados a iniciativa de los particulares, la situación de los terceros interesados tampoco parece mejor; la inactividad administrativa también les perjudica, en los casos en que se ha suspendido la ejecución del acto como consecuencia del recurso, siendo el verdadero interesado en que ese recurso se resuelva cuanto antes aquél a cuyo favor reconoció derechos el acto impugnado, pudiendo darse casos de confabulación entre el recurrente y el órgano administrativo que coloque al tercero, titular de un derecho subjetivo, en situación de indefensión, "Bastará con suspender la ejecución del acto, abstenerse de resolver el recurso que motivó la suspensión y esconder el expediente en cualquier rincón del laberinto administrativo para que el titular del derecho subjetivo se encuentre prácticamente despojado del mismo indefinidamente" (37). Por otra parte, el sistema de quejas no se ha revelado efectivo, por lo que la única solución viable parece ser la de extender los efectos denegatorios del silencio a favor de esos terceros interesados y no sólo a los efectos de que el recurrente pueda recurrir.

(37). GONZALEZ PEREZ: "El Silencio Administrativo y los Interesados...", pág. 242.

II

SILENCIO POSITIVO

13. INTRODUCCION

La doctrina en general, y hasta hace poco tiempo, había concedido escasa importancia y muy poca atención a los llamados efectos afirmativos del silencio de la Administración. Situación que contrastaba, notablemente, con los estudios realizados acerca del silencio negativo, y en parte explicable por la consideración excepcional dada al silencio positivo.

14. EL SILENCIO NEGATIVO Y POSITIVO TIENEN NATURALEZAS JURIDICAS DISTINTAS

El silencio negativo y el positivo son instituciones esencialmente diversas y con fundamento radicalmente distinto; así para el profesor García de Enterría, el silencio negativo es un arbitrio que opera enteramente en el orden del procedimiento impugnatorio y a sus fines exclusivos. "En cambio, el silencio positivo estimatorio no tiene nada que ver con esta finalidad. Es una técnica material de intervención policial o de tutela, que viene a hacer más suave las exigencias de obtener para una determinada actividad una autorización o aprobación administrativa previa; el silencio positivo viene en rigor a sustituir esta técnica de la autorización o aprobación previas por la de un veto (aunque tenga que presentarse en la forma convencional de denegación del acto requerido) durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por

el requiriente se entiende otorgado" (38).

El silencio positivo y el silencio negativo son instituciones esencialmente diversas, aunque ambas utilicen la técnica formal común de la presunción legal realizada sobre un transcurso de tiempo sin que la Administración resuelva. El silencio positivo determina algo más que una simple ficción de que existe un acto para recurrir frente al mismo, al contrario, determina más bien el nacimiento de un acto administrativo a todos los efectos. Así el Tribunal Supremo español, en sentencia de 3 de noviembre de 1964, señala que, en virtud del silencio positivo, "los derechos del peticionario han de disfrutar de la misma plena garantía jurídica de seguridad y permanencia que si hubieran sido declarados expresamente por la Administración".

15. FUNDAMENTO JURIDICO DEL SILENCIO POSITIVO.

La solución positiva del silencio ha sido vista con desconfianza por la doctrina, por considerarla peligrosa pues la voluntad de la Administración sería sustituida -por ministerio de la Ley- por la voluntad de un particular. De esta manera la gestión de la cosa pública, en caso de apatía o pasividad administrativa, quedaría a merced de los particulares. La pretensión más disparatada y perjudicial podría convertirse en un acto en virtud de la doctrina

(38) GARCIA DE ENTERRIA: "Sobre Silencio Administrativo", págs. 226 y 227. Cfr. MARTIN MATEO, R.: "Silencio Positivo y Actitud Autorizante", R.A.P., nº 48, 1965, págs. 205 y ss. GONZALEZ PEREZ: "Silencio Administrativo y los Interesados..", pág. 242.

del silencio (39).

En esta perspectiva, nos parecen sumamente expresivos los comentarios siguientes de Vivancos: "Aunque el silencio positivo constituye el ideal del administrado, no puede por menos de admitirse que no puede imperar como norma general, pues bastaría la negligencia de un funcionario para desencadenar una "catástrofe jurídicamente irremediable", y es natural, pues, que la ley haya limitado su aplicación a la obtención de autorizaciones y aprobaciones interadministrativas y la excluya del procedimiento dirigido a la constitución y reconocimiento de derechos subjetivos" (40). Esta postura coincide con la de Raneletti, quien considera que en el caso del silencio positivo se llegaría al absurdo de hacer prevalecer el interés privado sobre el interés público y de considerar realizados actos administrativos, aun cuando faltasen elementos de legalidad y conveniencia (41).

(39) GARRIDO FALLA: "La llamada Doctrina del Silencio Administrativo", págs. 92 y ss. En este marco conceptual y con argumentos más o menos similares a los manejados por Garrido Falla, cfr. GONZALEZ RIVERO: op. cit., pág. 341; BOQUERA: "Algunas Dificultades de la Actual Regulación del Silencio Administrativo", R. A. P., nº30, 1959, pág. 92. En la doctrina mexicana, SERRA ROJAS: "Derecho Administrativo" - se pronuncia contra el silencio positivo, "porque con ello se afectarían grandes intereses nacionales ante la ineptitud, apatía o mala fe de un funcionario", pág. 287.

(40) Citado por GONZALEZ RIVERO -op. cit., pág. 373- quien comparte esas ideas aunque las encuentra un tanto exageradas, pues se llegaría a la conclusión de que el silencio positivo sería una especie de cáncer en la actividad de la máquina administrativa; sin embargo, éste presenta algunos aspectos positivos como ha señalado González Pérez.

(41) Citado por GONZALEZ RIVERO: op. cit., pág. 343. Coincidente con esta línea de pensamiento es la postura de ROYO VILLANOVA: cfr. "El Silencio Positivo de la...", págs. 826 y ss; "El Procedimiento Administrativo...", págs. 76 y ss. BIELSA estima que la aprobación tácita es de interpretación restrictiva pues: a) toda decisión que compromete la responsabilidad de la

Determinados autores han creído ver en los efectos del silencio positivo algunas ventajas. Destacan en esta línea de pensamiento González Pérez, Baena del Alcázar, García de Enterría y Martín Mateo, para quienes el silencio presenta numerosas ventajas para el particular, y a la misma Administración: "a pesar de los inconvenientes del efecto afirmativo, éste puede ser un excelente medio de evitar la apatía y pasividad de la Administración" (42). Se trata de impedir la pasividad administrativa, y de eliminar estorbos en su funcionamiento, protegiendo, a la par, a los administrados.

Sin embargo la aplicación del silencio positivo es excepcional, pues implica concederle los privilegios y caracteres del acto administrativo a la actuación de un particular, lo que en muchos casos puede resultar peligroso; "El silencio administrativo positivo no se admite más que en el caso en que se establezca por una ley o en los casos en que se trata de homologación de actos administrativos, y en ciertos casos de licencias, porque la licencia supone un derecho del peticionario en principio que la Administración revisa" (sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de diciembre de 1963). El silencio negativo es la regla general y únicamente cuando un precepto expreso de la Ley lo disponga se podrá aplicar el silencio administrativo positivo (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1964)

Administración debe ser dada expresamente, y además debe ser fundada; b) vendría a legitimar la negligencia de los administradores. "Derecho Administrativo", T. 2º, págs. 31-32.

(42) MARIANO BAENA DEL ALCAZAR: "Efecto Afirmativo del Silencio de la Administración", R.E.V.L., nº123, 1962, pág. 322. Cfr. JOSE MARIO CORELLA MONEDERO: "La Doctrina del Silencio Positivo en la Aprobación de los Planes de Ordenación Urbana", R.E.V.L., nº174, 1972, págs. 255 y ss.

Todo lo dicho nos lleva a una conclusión: el silencio positivo tiene un fundamento jurídico distinto al del silencio negativo. Respecto a ambos tipos de silencio, debemos concluir que no es tamos ante dos manifestaciones distintas de un mismo y único fe nómeno, sino más bien ante dos fenómenos diversos, que utilizan técnicas de presunción-ficción más bien- de naturaleza distinta.

En efecto, el silencio negativo es una ficción legal con efectos estrictamente procesales, esto es servir de contrapartida al privilegio del préalable, facilitando el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En cambio, cuando se trata del silencio positivo, esta aparece como una ficción que produce efectos materiales. El transcurso del plazo hace nacer un verdadero acto administrativo con todos sus efectos legales, en relación con los derechos subjetivos de los particulares, que de él emanan. En consecuencia la Administración no puede desconocer, alterar, ni contradecir mediante un acto posterior el acto administrativo surgido automáticamente por el transcurso del plazo. En este sentido, se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de abril de 1969.

Mientras que el silencio negativo produce efectos estrictamente procesales, el silencio positivo produce efectos materiales: los de un verdadero acto administrativo a todos sus efectos. Esta es la razón por la cual no pueden aplicarse al silencio positivo, las técnicas del silencio negativo pues responden a una naturalidad jurídica distinta. De allí que Corella diga: "... que la regulación conjunta que de ambas clases de silencio se realiza en la Ley del Procedimiento administrativo, no tiene más que una explicación de analogía terminológica, de carácter puramente gramatical" (42 bis).

(42bis) CORELLA MONEDERO : op. cit., pág. 257.

Por otra parte, la aplicación del silencio positivo es de carácter restrictivo, debiendo concurrir, para su aplicación, todos los requisitos legales. Así, no puede sostenerse que por silencio positivo se obtenga una licencia, que precisa previamente de un dictámen vinculante, "no puede sostenerse que por silencio se obtenga una declaración que precisa una formalidad inexcusable, al ser nulo el acto que así lo hiciese, por infracción de normas de obligación observancia" (sentencia de 6 de diciembre de 1962). Además, "el reconocimiento de vicios esenciales determinantes de nulidad ha de tener primacía a la aplicación automática del silencio administrativo positivo, que no puede actuar como esponja lavadora de tales defectos esenciales" (sentencia de 9 de diciembre de 1964).

16. CASOS DE APLICACION: A) RELACIONES ADMINISTRACION-ADMINISTRADO; B) RELACIONES ENTRE ORGANOS ADMINISTRATIVOS

16.1. Relaciones Administración-administrado. - Las relaciones entre la Administración y los administrados han sido analizadas por la doctrina, desde el horizonte de los efectos negativos del silencio. No obstante, cabe perfectamente su estudio desde el ángulo de los efectos positivos del silencio.

En la mecánica del silencio negativo, se entienden denegadas las peticiones que le son dirigidas a la Administración. Sin embargo, hay peticiones a las que se da, y se debe dar, un tratamiento distinto. En los supuestos específicos contemplados por la ley se entiende que la Administración accede a la petición, dando un significado positivo a la inactividad de la Administración. "Lo que se espera de ella es la remoción de unos límites que han sido impuestos a los derechos de los particulares, cuyo ejercicio quedaría condi-

cionado a la constatación de su compatibilidad con el bien común" (43).

Se entiende que podría resultar excesiva la indefinida paralización del ejercicio de derechos, por sí legítimos, y que si la Administración durante un plazo previamente establecido no se pronuncia, son removidos los límites impuestos exteriormente, recobrando toda su virtualidad. Concepción, por otra parte, vinculada a los postulados del Estado liberal.

García de Enterría ha subrayado que el silencio positivo "Viene en rigor a sustituir esta técnica de la autorización o aprobación previas por la de un veto (aunque tenga que presentarse en la forma convencional de denegación del acto requerido) durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado" (44). Siguiendo esta concepción, puede entenderse que la Administración se reserva la posibilidad de prohibir, durante un plazo determinado, el ejercicio de ciertas actividades; si ella no se pronuncia, se estima que ha renunciado a tales facultades, pudiendo el particular ejercitar sus derechos.

Sin embargo, Martín Mateo estima que partir de esa correcta comprensión del silencio positivo como ausencia de prohibición induce a poner en duda la legitimación de su utilización para la remoción de supuestos límites a derechos subjetivos. Resulta difícil pensar que la Administración pueda renunciar a sus potestades prohibitorias de conductas ilícitas, requiriéndose en estos casos un pronunciamiento concreto e indeclinable. "Las perspectivas cerradamente individualistas del Estado liberal del pasado si

(43) MARTÍN MATEO, R.: op. cit., pág. 208. Cfr. ENTRENA CUESTA: "Curso de Derecho Administrativo", págs. 498 y ss.

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: op. cit., págs. 226-227.

glo han sido, por otra parte, sustancialmente corregidas por la comprensión de los fines del Estado de nuestros días" (45).

Conviene examinar los efectos y ventajas que los efectos positivos del silencio operan en ciertas actividades de los particulares, lo que "ofrece serias ventajas en los supuestos de licencias, aprobaciones o autorizaciones" (46). Ahora bien, bajo la rúbrica autorización, tradicionalmente se incluyen supuestos sensiblemente diferentes que dan en la práctica lugar a intervenciones administrativas de distinto matiz, dirigidas a finalidades escasamente homogéneas. También suele calificarse distintamente el ejercicio de otras facultades administrativas que puedan reconducirse a la técnica de la autorización, ej.: licencias cuyo carácter de autorización no es dudoso, etc. Por autorización entendemos, como Martín Mateo, "la declaración administrativa de la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de una actividad, aun a costa de reconocer la posible equivocación de tal concepto aplicado a casos extremos" (47).

La técnica del silencio positivo sólo puede tener el sentido de inejercicio de potestades prohibitorias durante el período previsto legalmente en que pueda utilizarse; por otra parte, las autorizaciones propiamente dichas, otorgadas a los particulares exigen,

(45) MARTIN MATEO: op. cit., pág. 209. Cfr. LEON CORTIÑAS PELAEZ: "Estado democrático y Administración prestacional", R.A.P., nº 67, 1972, págs. 95 y ss.

(46) GONZALEZ PEREZ: "El Procedimiento Administrativo", pág. 507.

(47) MARTIN MATEO: op. cit., pág. 214. Establece acertadas distinciones entre autorización y otros conceptos con los cuales podría prestarse a confusiones, así con: aprobaciones, dispensas, ratificaciones, admisiones, concesiones y prohibiciones con plazo de ejercicio limitado.

por el contrario, inexcusablemente la constatación por la Administración de la concurrencia de las circunstancias precisas para el ejercicio de unas determinadas actividades. Ni la Administración puede renunciar aquí al ejercicio de sus potestades, ni su pasividad puede tener expresividad suficiente para modificar la situación anterior.

Para determinar la compatibilidad entre los intereses privados y los públicos, existen dos sistemas: que la apreciación la realicen directamente los particulares, interviniendo la Administración únicamente para sancionar desviaciones; o que la decisión quede encomendada con carácter previo a la Administración. Pero aun cabe una posición intermedia: las conductas se entienden permitidas si la Administración no las ha vetado durante el plazo que dispone. Aquí puede operar el silencio positivo, que no es un acto tácito ni presunto, "El silencio de la Administración no es en tales casos más que eso, silencio, renuncia posiblemente consciente al uso de facultades legítimas; no es necesario recurrir aquí a artífugos defensivos frente a una Administración obligada a pronunciarse, porque, a diferencia del silencio negativo, se le reserva la decisión de manifestarse o no" (48).

Pero esas técnicas no son adecuadas en los casos en que la protección del interés público y la propia definición de los derechos de los particulares determinan una toma expresa de posición por parte de la Administración.

La situación de los particulares que solicitan una autorización de la Administración no puede verse perjudicada indefinidamente por la inactividad de ésta; no se puede paralizar irresponsablemente el desarrollo de la vida social con una despreocupada y de

(48) MARTIN MATEO: op. cit., pág. 216.

sidiosa Administración, es necesario protegerlos, "Pero ello no has de ser a costa de que la sanción impuesta a la Administración, privándola de las posibilidades de resolver por ella no utilizadas durante un fijado período, redunde en una condena que deba ser sufrida por otros ciudadanos, afectados por su parte negativamente por estas consecuencias, y los propios intereses públicos en su generalidad" (49). Es posible obtener análogos resultados, sin tan graves implicaciones, permitiendo provisionalmente el desarrollo de la actividad necesitada de autorización, una vez transcurridos determinados plazos sin que recaiga resolución, sin que ello comprometa con carácter definitivo la decisión de la Administración. Como advierte Martín Mateo se desplazaría hacia el solicitante, la labor de realizar o no las operaciones pretendidas, y la Administración en caso de demoras injustificadas tendría que indemnizar además de las responsabilidades individuales de los funcionarios (50).

Esta solución parece ser la más lógica que pueda darse al problema del silencio positivo, pues de lo contrario podría llegarse a gravísimas consecuencias para el interés público. No es por medio de la aceptación de todas las peticiones formuladas a la Administración, por lo que pueda obtenerse un acicate que la impulse a la actuación, sino mediante un adecuado sistema de responsabilidades individuales y colectivas, y la obtención de un espíritu de servicio en aquellos que la representan.

Se trata más bien de un problema de hombres, del elemento humano al servicio de la Administración y la solución debe buscarse, por lo tanto, en los sistemas de selección y de formación de

(49) MARTIN MATEO: op. cit., pág. 220.

(50) MARTIN MATEO: op. cit., pág. 220.

los funcionarios, que les imprima una conciencia clara de su deber. Y como advierte Boquera Oliver al referirse al deber de dar respuesta, "la Administración debe estar obligada a contestar todos los escritos que se le dirijan. El Derecho y la educación lo exigen" (51). Y este sentido del deber y de la cortesía únicamente pueden lograrse en el sistema de selección y formación de los funcionarios.

16.2. Relaciones entre órganos administrativos. - Donde el silencio positivo ofrece un mayor campo de aplicación es en las relaciones orgánicas de fiscalización y tutela de los órganos que integran la Administración Pública. Estas pueden ser de dos clases: 1º) relaciones entre órganos de una misma persona jurídica; 2º) relaciones entre personas jurídicas distintas (52).

Respecto a las primeras, hay que contemplar los supuestos de aprobación o autorización del acto de un órgano por otro distinto del que lo dictó originalmente.

Las aprobaciones constituyen actos producidos por un sujeto distinto que confieren eficacia a otros anteriormente válidos; tienen virtualidad propia y no constituyen partes integrantes de un acto complejo. Operan, normalmente, en las relaciones de fiscalización de unos entes por otros y condicionan la eficacia ex-post de los actos probatorios. Se diferencian de las autorizaciones en que éstas son preventivas no sólo de actos, sino también de operaciones materiales; las aprobaciones condicionan la eficacia y

(51) BOQUERA OLIVER: "Algunas Dificultades...", pág. 102.

(52) BAENA DEL ALCAZAR: "Efecto Afirmativo del Silencio ...", págs. 330 y ss. Cfr. GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", T. 2º, pág. 482.

las autorizaciones; la validez de los actos (53).

Para Baena del Alcazár, la aprobación es un requisito indispensable para que el acto produzca efectos jurídicos, de tal manera que si no se da, el acto es ineficaz. Entiende que no juega un plazo preclusivo para el ejercicio de un derecho; por otra parte, el supuesto no se contempla desde el punto de vista del transcurso del tiempo, sino de una forma prevalente, desde el ángulo del interés del órgano inferior en que su acto sea aprobado. Manifiesta que en estos casos los poderes de la Administración no están sometidos a ningún plazo de caducidad, ya que tal plazo o no existe o, cuando existe, tiene la significación de una pauta frente a la desidia o negligencia de los administradores (54).

Respecto a las segundas, es decir a las relaciones entre personas jurídicas distintas, la técnica del silencio positivo es aplicable a las relaciones Administración directa-Administración in directa. Así, tratándose de autorizaciones o aprobaciones que deben acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de unos órganos sobre otros, puede entrar en juego la figura del silencio con efectos afirmativos.

La tutela puede ser entendida como "el conjunto de poderes limitados otorgados por la Ley a un órgano administrativo sobre los actos realizados por entes públicos descentralizados para asegurar la legalidad de tales actos y proteger los intereses cuya gesción tiene encomendado el órgano de que se trate" (55). El con-

(53) MARTIN MATEO: op. cit., pág. 210. BAENA DEL ALCAZAR: op. cit., pág. 331 y s.

(54) BAENA DEL ALCAZAR: op. cit., pág. 331.

(55) ENTRENA CUESTA: "Los Movimientos Centralizadores en Inglaterra", Madrid, 1960, pág. 129; "Curso de Derecho Administrativo", págs. 151 y ss. Cfr. GARRIDO FALLA: "La Descentralización Administrativa", Costa-Rica, 1967, págs. 83 y ss.

trol administrativo de la tutela se ejerce sobre entes públicos des centralizados, tomando normalmente la forma de un control de la legalidad, que puede adoptar diversas formas, desde el simple dic tamen a la aprobación posterior, pasando por la autorización pre via, anulación posterior y aún sustitución en casos de inactividad (56). Waline advierte que la expresión tradicional de tutela tiende a ser reemplazada por la de control.

El silencio con efectos positivos tiene aplicación tanto en las relaciones Administración central-Administración local, como en las relaciones entre Administración central-Administración insti tucional, e incluso puede darse entre la Administración local y los entes creados por ella.

De la regla del silencio positivo se expresa Isaac diciendo que se trata de un medio sumamente fuerte para obligar a la Administración a pronunciarse, entendiendo que en el caso de que ella no se pronuncie sobre una demanda, se interpreta como aceptada, como positiva. En Francia encuentra aplicación en materias de descentralización, urbanismo, reglamentación de profesiones y consultas a organismos administrativos, si bien "la règle du silence positif se situe dans le domaine de l'exercice des libertés publiques des citoyens ou des collectivités décentralisées" (57).

(56) Cfr. JACQUES DEMBOUR: "Les Actes de la Tutelle Administrative en Droit Belge", Bruselas, Larcier, 1955; "Droit Administratif", págs. 112 y ss. WALINE: "Précis de Droit Administratif", págs. 309 y ss. CAMBIER CYR: "Droit Administratif", Bruselas, 1968, págs. 448 y ss. ANDRE BUTTGENBACH: "Manuel de Droit Administratif", Bruselas, 1966, T. 1º, pág. 468. SAYAGUES LASO: op. cit., págs. 225 y ss.

(57) GUY ISAAC: "La Procédure Administrative Non Contentieuse", pág. 360.

También se nota la tendencia en ciertos sectores de opinión por la extensión de esta regla a otros dominios, dado el enfoque que del silencio positivo se tiene, esto es como un paliativo a la inercia de la Administración.

El control de tutela a veces puede abarcar hasta la oportunidad, como sería el caso de las deliberaciones municipales (Francia) que sean ejecutorias por sí mismas. De cara a esas deliberaciones, las autoridades de tutela tienen un derecho de veto que pueden ejercer dentro de un plazo determinado; si transcurre ese plazo sin que las autoridades de tutela hayan manifestado su desaprobación, vale como aprobación tácita, "l'expression de veto est donc plus adéquate" (58).

Contrariamente a lo que sucede en los casos de silencio autorizatorio en materia de licencias de policía, que son prácticamente desconocidas en la mayoría de los ordenamientos (España constituye una excepción), los efectos positivos del silencio de la Administración fiscalizadora son expresamente admitidos en el orden de relaciones Administración central-Administración local por los distintos ordenamientos positivos. Parece ser ésta una solución justa si se quiere ser congruente en cuanto al marco conceptual de la autonomía municipal; entre otras razones, por tratarse de supuestos distintos a las autorizaciones en las relaciones Administración-administrados, no cabiendo los recelos formulados en las intervenciones de policía.

En España el silencio positivo se encuentra regulado por el artículo 95 L.P.A., teniendo un ámbito de aplicación considerable, aplicándose las normas sobre efectos afirmativos en los siguientes casos:

(58) WALINE: op. cit., pág. 311.

- 1º) Cuando así lo establezcan disposiciones especiales.
- 2º) Cuando se trate de autorizaciones y aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización entre órganos de la Administración directa.
- 3º) En el mismo caso en las relaciones entre la Administración directa y la indirecta.
- 4º) A falta de regulación expresa por las normas de procedimiento de las corporaciones locales y de los organismos autónomos (59).

En Italia el silencio positivo se acepta excepcionalmente en el artículo 294 de la Ley Comunal y Provincial de 3 de marzo de 1934; también en el artículo 114 del Real Decreto de 6 de mayo de 1923 relativo a las aperturas de institutos. Por otra parte, la doctrina italiana siempre ha considerado los efectos positivos de la institución con carácter excepcional. Esta misma postura doctrinal se observa en otros países de Derecho continental, tal y como sucede en Portugal (60).

En América Latina, entre otros países, destaca la regulación mexicana que admite el silencio positivo con carácter excepcional, inclinándose tanto la doctrina como la jurisprudencia por la solución negativa (61).

(59) Cfr. CLAVERO AREVALO: "Ambito de Aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo", R. A. P., nº 29, pág. 311. BAENA: op. cit., pág. 326.

(60) ZANOBINI: "Curso de Derecho Administrativo", T. 1º, págs. 363 y s. Cfr. ALESSI: "Instituciones de Derecho Administrativo", T. 1º, págs. 258 y ss. MARCELLO CAETANO: "Manual de Direito Administrativo", 8ª ed., Lisboa, 1968, págs. 432 y ss.

(61) GABINO FRAGA: "Derecho Administrativo", pág. 298. SERRA ROJAS: op. cit., pág. 287. JORGE OLIVERA TORO: "Manual de Derecho Administrativo". NAVA NEGRETE: "Derecho Procesal Administrativo", págs. 241 y s.

Argentina en el artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1972, lo admite pero únicamente en los supuestos en que así lo preceptúe una regulación expresa.

17. REQUISITOS DEL SILENCIO POSITIVO

Aparte de los requisitos generales del silencio administrativo, señalados en anteriores capítulos, merecen especial mención los del transcurso del tiempo y denuncia de la mora.

Respecto al transcurso del tiempo, no puede establecerse un plazo uniforme para que funcione, dadas las características y condiciones especiales que pueden concurrir en la infinita gama de peticiones que pueden formularse, de allí que lo recomendable es el establecimiento de plazos variados en atención a las particularidades especiales de los supuestos.

En cuanto al sistema por el cual opera el silencio administrativo, cabe preguntarse cuál es el recomendable para los casos de efectos afirmativos. Indudablemente que lo más favorable para los administrados será el sistema del silencio automático, pues de lo contrario, y mientras transcurre el tiempo de la denuncia de la mora, sus derechos e intereses se verían perjudicados por la desidia de la Administración. La adopción del sistema de la denuncia de la mora vendría a suponer una prolongación aún mayor del tiempo a transcurrir, continuando la situación de ambigüedad e incerteza, lo que incluso puede desvirtuar la finalidad perseguida con la institución. Además que ello obedece a la naturaleza jurídica distinta del silencio positivo respecto mecanismo del silencio negativo.

Por otra parte, antes habíamos mencionado que el silencio positivo es de aplicación restrictiva, dado que hace nacer un verdadero acto administrativo a todos sus efectos. De allí, que el Tribunal Supremo español haya fijado además los siguientes condicionamientos:

1) En cuanto al procedimiento: "El reconocimiento de vicios esenciales determinantes de nulidad ha de tener primacía a la aplicación automática del silencio administrativo positivo, que no puede actuar como esponja lavadora de tales defectos esenciales" (Sentencias de 24 de diciembre de 1964 y 12 de mayo de 1968).

2) En cuanto al fondo: "No puede admitirse que tal silencio positivo prospere cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a la Ley" (sentencias de 31 de octubre de 1963, 18 de marzo de 1970 y 19 de diciembre de 1970).

3) En cuanto a manifestaciones expresas de la Administración: "Si la Administración se pronuncia con una manifestación de voluntad aunque haya sido anticipadamente, desaparece el requisito esencial del silencio y, en consecuencia, ya no llega a producirse el acto tácito o presunto" (sentencia de 22 de noviembre de 1969).

Frente a esos requisitos exigidos para la configuración del silencio positivo, Corella manifiesta la inseguridad jurídica que puede producir la aplicación de estos principios, agravada por la indefensión que frente a otros particulares pueda darse. Refiriéndose a los planes de urbanismo, y después de un examen del silencio positivo, aboga por una regulación detallada que permita que por el transcurso del tiempo legalmente establecido resulte inamovible el criterio afirmativo que por él se presupone, sin que pueda darse lugar a interpretaciones en cuanto al cumpli

miento de trámites preceptivos o de ilegalidad en cuanto al fondo del acto aprobado o autorizado (62).

Por otro lado, observa que el concepto de remoción de límites para las licencias no es válido (al menos para las licencias de edificación), pues al ser el acto una constatación de requisitos legales en cuanto a la persona solicitante o en cuanto a la cosa en que se ha de ejercer la actividad de aquélla, "la licencia tiene algo más de entidad que el ser mera remoción de límites, y ese algo más es una habilitación administrativa para el ejercicio de facultades previas no prohibidas (63).

18. LA RESOLUCION TARDIA

Respecto a los efectos afirmativos del silencio positivo, cabe preguntarse si la Administración, una vez transcurrido el plazo sin notificar su decisión, puede pronunciarse expresamente. Dicho de otra manera, si la Administración conserva o pierde su competencia para pronunciarse sobre el asunto.

Cuando nos referíamos al problema de la resolución tardía en el silencio negativo, nuestra respuesta era rotunda: la Administración no sólo puede sino que debe resolver expresamente las peticiones o reclamaciones formuladas. Sobre esto no debe haber ningún equívoco. El transcurso del plazo no implica -decíamos- pérdida de la competencia, basándonos en dos argumentos: a) en el deber de resolver expresamente señalado por el artículo 117 C.N.; b) por tratarse de un deber institucional.

(62) CORELLA MONEDERO: op. cit., págs. 273 y 286.

(63) CORELLA MONEDERO: op. cit., pág. 271.

No obstante la validez de esa solución en los casos denegatorios del silencio, ella no es aplicable para los casos de efectos afirmativos. Aquí nuestra respuesta tiene que ser también rotunda: la Administración no puede, ni debe, pronunciarse después de transcurrido el plazo. No puede pues de lo contrario irfa contra la solución que para estos casos da el Derecho; y ello por dos razones: primera que transcurrido el plazo legal, el acto administrativo surge en toda su eficacia; segunda -que refuerza la anterior- desde el momento mismo en que el acto en cuestión confirma la petición del administrado, éste devenga a su favor ciertos derechos que la Administración por sí misma, no puede atacar. A lo más, podrá denunciar su anulación ante la jurisdicción contencioso-administrativa (64).

¿Puede la Administración, entonces, dictar un acto expreso que modifique esos derechos subjetivos?. Baena, después de señalar la confusión que al respecto reinaba en la jurisprudencia española antes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, opina que la Administración no puede dictar con posterioridad al plazo del efecto afirmativo del silencio, un acto expreso que modifique los derechos de los administrados (65).

(64) GONZALEZ RIVERO: op. cit., pág. 375. La sentencia de 31 de octubre de 1963 (española) estableció la necesidad de utilizar el proceso especial de lesividad cuando se pretende denegar una licencia concedida por silencio administrativo de signo positivo.

(65) BAENA DEL ALCAZAR: op. cit., págs. 339 y ss. En este marco conceptual, GARCIA DE ENTERRIA advierte que "no puede reconocerse a la Administración una facultad de volver sobre el otorgamiento positivo que el particular o el ente tutelado, en su caso, han ganado definitivamente en su patrimonio por ministerio de la ley" (Cfr. "Silencio Administrativo y Recurso...", pág. 227).

En efecto, la Administración no podría modificar los derechos conferidos por voluntad de la ley en el caso del silencio. Además, dictar acto expreso posterior que modifique derechos de los administrados equivaldría a efectuar una revisión de oficio de los propios actos, y esto sólo podría efectuarse a través de técnicas tales como el llamado proceso de lesividad o equivalentes.

La sentencia de 23 de noviembre de 1962 (del Tribunal Supremo español) ha precisado que "El efecto afirmativo del silencio en materia de autorizaciones, resulta indudable que, al revés de lo que ocurre en el supuesto general de silencio con signo negativo, la Administración no puede modificar, mediante la emisión de un acto expreso, la situación jurídica creada automáticamente por el transcurso del plazo dentro del cual estaba obligada a resolver, en cuya virtud los derechos subjetivos de aquéllos dimanantes gozan de idénticas garantías de seguridad y permanencia que los declarados por acuerdo expreso y categórico". Mismo sentido sentencia de 3 de octubre de 1963, sentencia de 3 de noviembre de 1964, sentencia de 30 de abril de 1969.

19. SUPUESTO DE SILENCIO MIXTO: POSITIVO Y NEGATIVO

Guaita considera la posibilidad de que se plantee un caso de silencio mixto: positivo y negativo (66). Esta hipótesis perfectamente puede plantearse en el caso de varias peticiones conjuntas; contra las que sean resueltas negativamente el administrado podrá deducir los recursos correspondientes; respecto de las peticiones resueltas afirmativamente (por el silencio), se conside

(66) GUAITA: "Derecho Administrativo Especial", T. 1º, 3ªed., 1969, págs. 280 y s.

dera que éstas quedan aceptadas, consistiendo entonces el problema en poder ejercitar los derechos así obtenidos.

20. LA DESVIACION DE PODER Y EL SILENCIO POSITIVO

En materia de peticiones, al ser favorable la resolución al interesado, los otros, es decir aquéllos que se consideren afectados por los efectos afirmativos del silencio, pueden recurrir si, con la estimación de la petición, la Administración ha desviado su poder. También puede plantearse en materia de fiscalización si con el silencio confirmatorio el acto que debió ser fiscalizado y no lo fue por el silencio, supone desviación de poder en la Administración (67).

21. SILENCIO POSITIVO Y LOS INTERESADOS QUE NO INCOARON EL PROCEDIMIENTO

El silencio positivo -observa González Pérez- determina algo más que una simple ficción de que exista un acto a efectos de recurrir frente al mismo: determina el nacimiento de un acto administrativo a todos los efectos (68).

Desde el momento en que el silencio positivo comienza a surtir efectos, -puede entenderse- empiezan a correr los plazos para deducir los recursos admisibles frente al mismo. Pero esta solu

(67) TRUJILLO PEÑA: op. cit., pág. 164.

(68) GONZALEZ PEREZ: "El Silencio Administrativo y los Interesados que no incoaron el Procedimiento Administrativo", RAP. Nº 68, 1972. pág. 242.

ción perjudicarla a los terceros interesados, haciéndose necesario arbitrar otra.

Puede decirse, en principio, que los terceros interesados siempre tienen abierto el plazo para recurrir frente al acto producido por silencio administrativo. Pero el problema se plantearía si no se ha notificado el silencio positivo. ¿El tiempo para recurrir puede ser indefinido?. Podría ser el punto de arranque para una posible prescripción o caducidad de los plazos. González Pérez estima que "Cuando sea pública y notoria la realidad derivada del acto, debe presumirse a partir de ese momento una diligencia mínima de todo afectado, para conocer el posible acto legitimador y, en su caso, reaccionar frente al mismo, a través de los procedimientos que arbitra el Derecho" (69).

En el supuesto anterior el interesado podría: a) pedir formalmente la notificación, comenzando el plazo a correr desde que se produce normalmente la notificación; b) no formular esa petición, en cuyo caso caduca todo derecho de impugnación dentro de ese plazo. Pero, como advierte González Pérez, "El problema se centra en determinar en qué momento se produce la publicidad y notoriedad. La lógica, el sentido común y la prudencia serán los orientadores del juzgador" (70).

(69) GONZALEZ PEREZ: op. cit., pág. 244.

(70) GONZALEZ PEREZ: op. cit., pág. 245.

CAPITULO VIII

DEFENSA CONTRA LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACION

1. INACTIVIDAD MATERIAL

La inactividad material de la Administración es una pasividad, un no hacer, un no actuar en el marco de sus competencias ordinarias. El concepto de inactividad material lo obteníamos -siguiendo a Nieto- Por contraposición a la inactividad formal, siendo esta última la pasividad dentro de un procedimiento, la no contestación a una petición de los particulares (1).

Ahora bien, estas dos clases de inactividades suelen darse juntas, aunque es posible que puedan presentarse aisladamente, ya que la inactividad formal se da únicamente dentro de un procedimiento, dada la especial relación jurídica que provocan las peticiones de los administrados. En todo caso, la idea de inactividad material corresponde a la idea misma a que ella alude, a un no hacer, de la Administración.

(1) ALEJANDRO NIETO: "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo" R. A. P. nº37, 1962 Págs.80 -81.

2. LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACION NO PUEDE SUPLIRSE POR EL JUEZ.

Las garantías que la institución del silencio administrativo conlleva, se ven sensiblemente aminoradas cuando lo que se pretende de la Administración es una actuación positiva en un sentido determinado. En este marco de referencia, Garrido Falla se plantea la dificultad en cuanto a aquellas peticiones que, por tener que sustanciarse a través de un procedimiento especial, escapan a los plazos genéricamente establecidos en el artículo 94 de la L.P.A. española, e incluso respecto de aquéllos en que la falta de resolución administrativa previa impide a la jurisdicción revisora entrar en el fondo del asunto, sin que quepa esperar algo más que una declaración jurisdiccional sobre la obligación administrativa de continuar el expediente y resolver en su día (2).

La situación se presenta con mayor gravedad respecto de las peticiones deducidas por los administrados cuando lo que se pretende es la reparación de una situación injusta o inoportuna, pero que no encuentra asidero en un derecho reconocido por el ordenamiento vigente. Aunque la jurisdicción revisora pudiera conocer estas situaciones, no hay forma en que pueda obligar a la Administración a ejecutar lo que esta no quiera hacer.

Otro problema que puede examinarse, es en relación al silencio positivo y la inactividad material de la Administración, respecto a la forma en que el administrado puede conseguir la ejecución de lo otorgado por voluntad de la ley, si ella continúa oponiendo la fuerza de la inercia. Es cierto que el Administrado puede recurrir

(2) GARRIDO FALLA: "Tratado..." T. 3º Pág. 85 y ss, cfr ENTRENA: "Curso de Derecho Administrativo" Pág. 584 y ss.; FIX ZAMUDIO: "Introducción al estudio del proceso tributario en el Derecho mexicano". Perspectivas. T. 3.

ante el juez, señalando esta anomalía y pidiendo la ejecución de lo otorgado por la ley, pero mientras tanto se pueden producir daños considerables a sus derechos e intereses. En esta hipótesis lo más seguro es que se puede obtener la ejecución, pero a costa de haber hecho recorrer a los administrados un largo, penoso y costoso camino.

Mayores problemas plantea el hecho de la ejecución de las sentencias contrarias a la Administración, cuando ella se muestra renuente a ejecutarlas. ¿Qué puede hacer el administrado?. Desde luego, dirigirse nuevamente al juez pidiendo la ejecución, pero y si la Administración mantiene su actitud, o bien comienza a ejecutar lo dispuesto en la sentencia con gran lentitud, qué duda cabe de los consiguientes y mayores perjuicios que con su lentitud ocasionará a los particulares y a la comunidad en general.

Un sucedáneo para estos casos podría ser la instrumentación de un adecuado sistema de indemnizaciones, pero esta solución que en principio satisfecería a los particulares, ocasionaría mayores problemas para la colectividad en general, ya que los funcionarios descuidarían sus deberes, y entre ellos la obligación de actuar conforme a la legalidad, pues se atenderían a que en los casos de actitudes negligentes podrían disponer del presupuesto nacional para satisfacer de alguna manera, y por vía de compensación, las pretensiones de los administrados. Esto es a todas luces injusto pues no puede la comunidad soportar mediante sus contribuciones las negligencias de los funcionarios.

Otro sistema que podría arbitrarse sería la posibilidad de proceder directamente en estos casos de inactividad, contra los bienes de la Administración para resarcirse pecuniariamente de los daños causados. Sin embargo, tal solución tropieza con la concepción vigente en la mayoría de las legislaciones, y sostenida y

mantenida por la doctrina, de la inembargabilidad de los bienes de la Administración, de aquí que aparezca como más práctico el sistema de indemnizaciones, pese a las críticas que puedan formularse.

El sucedáneo de la indemnización podría ser efectivo si se combina con un oportuno sistema de responsabilidades de parte de los funcionarios.

En definitiva el juez no puede obligar a actuar a la Administración si esta se rehusa a cumplir con lo ordenado por él, de una parte por la consagración del principio de la división de poderes en Nicaragua y su interpretación, y de otra porque el juez carece de los medios materiales para ejecutar sus decisiones (3).

En Nicaragua existe el llamado "juicio de Amparo" que tiene por objeto mantener y restablecer la supremacía de la Constitución Política y Leyes Constitucionales. (art. 19.), en casos de violaciones, por leyes, decretos, resoluciones, órdenes, mandatos o actos de cualquier funcionario, autoridad, corporación pública o agente de los mismos (art. 19 ordinal 1). La sentencia que se pronuncia en el juicio procede contra actos positivos y contra actos negativos en este último caso, el efecto del amparo será obligar a la autoridad o funcionario responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir por su parte lo que la misma garantía exija (art. 25). Tal sería el caso de que una autoridad se niegue a conceder a un administrado una autorización cualquiera, teniendo derecho a ella, y cuando reúna

(3). En este sentido RIVERO en: "Le Hurou au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir" dice: est-lui qui dispose de la force armée? Le voyez-vous mobilisant un peloton des gardes pour contraindre à l'exécution Monsieur le préfet de police, leur chef, ou même Monsieur le ministre des Affaires culturelles, si par hasard il n'obtempéraient point" Pág. 38.

los requisitos legalmente exigidos. Consideramos que tal solución puede combinarse con la figura del silencio positivo; en efecto, por ministerio de la ley se le concede la autorización demandada, exigiéndose a la Administración la autorización expresamente.

Una vez dictada y notificada la sentencia, "si dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación, las autoridades o funcionarios responsables no dieren cumplimiento a la sentencia, en el caso en que la naturaleza del acto lo permita, la Corte Suprema requerirá al superior inmediato de la autoridad o funcionario responsable, para que obligue a ésta a cumplir sin demora la sentencia; y si dicha autoridad o funcionario, no tuviese superior jerárquico, el requerimiento se hará directamente a ella. Cuando la sentencia no se obedeciese a pesar de los requerimientos, la Corte Suprema de Justicia pondrá al remiso a la orden de la autoridad competente para que deduzca las responsabilidades criminales del caso". (art. 28).

La ley de Amparo contempla el caso de que algunos funcionarios gocen de inmunidad. "Si la Autoridad responsable que se negase a cumplir sentencia gozase de inmunidad, la Corte Suprema de Justicia lo comunicará a la Cámara de Diputados para los efectos del Art. 153 C. N.". (Art. 29).

La ley va aún más lejos, prescribiendo "Si después de concedido el Amparo el funcionario o autoridad responsable insistiese en la repetición del acto reclamado o tratase de eludir la sentencia, será separado de su cargo y sometido a los jueces para que lo juzguen por la desobediencia cometida" (art. 30).

3. SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO

El Derecho Comparado ofrece varias soluciones para combatir la inactividad administrativa. Entre estas soluciones destacan los sistemas suizo, francés y español.

3.1. Sistema Suizo. - Según esta solución, el particular que se cree perjudicado acude directamente a los tribunales, sin esperar que la Administración haya resuelto, y el juez resuelve en sustitución de la autoridad administrativa. Esta solución, sin embargo, presenta algunas reservas, pues iría contra el principio de la división de poderes; principio que ha sido considerado como una piedra angular para la existencia de un Estado de Derecho, y más que un principio, constituye una actitud constitucional del moderno Estado de Derecho.

Se trata de buscar alguna justificación a esa solución, así Hinderling considera necesario desdoblar el principio de la división de poderes en dos postulados: 1) las funciones deben estar encomendadas a órganos diferentes, que no estén representados por la misma persona; y 2) estos órganos deben ser independientes entre sí. Estos postulados reconducen al mismo objetivo: garantizar la libertad de los ciudadanos frente al Estado; si se quebrantan, se hace invocando el fin último de la garantía de los ciudadanos, produciéndose una violación formal, pero no una violación al principio de la división de poderes. (5).

Montesquieu sostenía que el administrador no debía dar justicia, pues estaría inclinado a hacerlo mal. Ahora bien, la situación en que pensaba Montesquieu era la de la jurisdicción señorial, en la que el señor administraba justicia en sus propios asuntos.

(5). Citado por NIETO: Op. cit., Pág. 113.

tos, siendo, desde luego, inevitable la tendencia a la parcialidad. Otra cosa es cuando se trata de asuntos que le son completamente ajenos: por ejemplo, una separación matrimonial conforme a la legislación civil. En estos casos no hay que temer ninguna parcialidad de parte de los funcionarios, y así-dice Hinderling- puede ser también el caso de la jurisdicción. De aquí que no debe entenderse estrictamente que lo administrativo y lo jurisdiccional deban ejercerlo órganos distintos e independientes entre sí; en realidad, se trata más bien de un principio general. En estos límites, en que la Administración está interesada en la resolución, es admisible, incluso desde la teoría, que puede ser quebrantado el principio general de división de poderes (6).

3.2. Sistema francés. - Esta solución debe considerarse como opuesta a la anterior; se base en una rígida aplicación del principio de la división de poderes, en virtud de la cual los tribunales no pueden adoptar directamente resoluciones administrativas, ni pueden ardenar a la Administración la adopción de resoluciones conforme a Derecho. Según este sistema, "la inactividad de la Administración puede quedar prácticamente impune, ya que es evidente que la mera declaración de los tribunales de que "debe" aceptarse una resolución determinada, si carece de imperatividad, se convierte en un ineficaz "debíera" en los casos de resistencia de la Administración" (7).

La solución francesa deja a salvo el principio de la división de poderes; sin embargo, los particulares quedan sin garantías res-

(6) NIETO: Op. cit., Pág. 113 y s.; dpr. LEON CORTIÑAS-PELLAEZ: "Una concepción planetaria del hombre y del Derecho Público. Perspectivas, T. 1º, separata, págs. LVI y s.; también "El marco histórico y planetario del Poder Ejecutivo Colegiado" Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Montevideo, T. 64, 1966-nº2-3.

(7) NIETO : Op. cit. Pág. 114.

pecto a la inactividad material de la Administración, ya que los tribunales no pueden remediar los males causados, ni tampoco - pueden disponer de medidas positivas necesarias.

La jurisdicción contencioso-administrativa conoce solamente dos clases de sentencias: anulación de un acto administrativo y de fijación de indemnizaciones al Estado. Fuera de esos casos, en vez de resolverlos directamente, los remite de nuevo a la Administración para que sea ésta quien lo haga. No se producen sentencias que obliguen a actuar a la Administración en un sentido determinado; el juez no puede hacer presión sobre ella más que por procedimientos indirectos.

La jurisprudencia, por otra parte, se ha mostrado constante en esta línea, no se pueden dirigir mandatos que obliguen a actuar a la Administración en un sentido determinado, situación que ha sido comprobada por la doctrina, que si bien ha lamentado esta situación se ha visto obligada a seguir este privilegio político de la llamada independencia de la Administración. (8).

El problema de si la Administración es justiciable, se lo plantea Rivero al señalar que el prohibir a la jurisdicción usar sus poderes no es en razón de la naturaleza de la función, sino por causa de una voluntad de restringirla con vistas a la cualidad de una de las partes: la función jurisdiccional pierde su dimensión normal cuando se ejerce contra la administración. (9)

(8). AUBY: Op. cit. , in totum WALLINE: "Précis de Droit Administratif", Págs. 190 y ss. LAUBADERE: "Traite élémentaire de Droit Administratif". T. 1^o Págs. 448 y ss; DEBBASCH: "Droit Administratif" Págs. 528 y ss.

(9). RIVERO: "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif a l'épreuve des faits" Mélanges en l'honneur de Jean Dabin Bruselas, 1963, T 2 Pág. 828.

El procedimiento más usual consiste en una remisión a la auto ridad administrativa para que resuelva conforme a lo que debe ser en derecho, indicándole la obligación que tiene de resolver, sugiriéndole las medidas a ejecutar y previniéndola de las conse cuencias en caso de negativa. De esta manera se salva el princi pio de la división de poderes, recurriendo al sentido de la mora lidad administrativa. Ahora el principio de separación entre Ad ministración y jurisdicción fue concebido con verdadero carácter agresivo frente a ésta última. (10).

Otro problema que plantea el sistema francés se refiere a la ejecución de sentencias contrarias a la Administración, cuando ella se resiste a ejecutarlas. Desde luego, siempre puede recu rrirse al expediente de la responsabilidad pecuniaria, pero ello tampoco constituye una total y completa garantía para los admi trados, ya que en realidad no existe medio de ejecución forzosa contra la Administración, debido a que los bienes admini strati vos son inembargables. La falta de ejecución forzosa se nota en la formula diferente empleada en las sentencias según que se dirijan contra la Administración o contra los particulares. A los particulares se les ordena que cumplan lo resuelto y se con mina a continuación a los agentes de justicia para que apoyen es ta ejecución; en tanto que en las sentencias administrativas dictadas contra la Administración se prescinde de esa cláusula. Respecto a los organismos locales existe un correctivo adminis trativo.

(10). PROSPER WEIL: "Derecho Administrativo", Pág. 99. En este marco conceptual MIGUEL MONTORO PUERTO -en "Nuevas perspectivas en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas" REV. L, Nº 166, 1970, Pág. 223- sostiene que "El principio de la separación de poderes debe aceptarse hoy, pero con la flexibilidad necesaria para que produzca los efectos, o mejor aún, los fines que justificaron su concepción".

trativo que consiste en una inscripción de oficio que autoriza a la autoridad jerárquica a consignar en el presupuesto de la colectividad centralizada las sumas necesarias para hacer efectivas las deudas líquidas y exigibles. El Prefecto también dispone sobre el Alcalde (maire) de un poder de sustitución para hacer efectivas las sumas debidas por el Municipio (11).

En este sentido señala Weil que las sentencias más audaces no son nada si la Administración rehusa ejecutarlas, pudiendo imaginarse paliativos que resultan también ineficaces en los supuestos en que ella se resista o demore la ejecución de los fallos jurisdiccionales, supuesto un tanto frecuente (12).

La doctrina ha propugnado también por un sistema de responsabilidad personal, civil y criminal del funcionario culpable de la inejecución de la sentencia, que complementa la responsabilidad genérica de la Administración.

Al sistema francés viene oponiéndose el adoptado en Inglaterra, donde los tribunales pueden dar ordenes a la Administración, mediante una resolución de "mandamus", e incluso imponerle en algunos casos obligaciones de hacer o no hacer mediante una "injonction" basada en la idea de que la Administración está sometida al juez bajo las mismas condiciones que los particulares; parece que estas facultades se refieren únicamente a las colectividades locales, siendo inadmisibles contra los funcionarios de la Corona. En Estados Unidos, estas "injonctions" se aplican con un carácter general.

3. 3. Sistema español. - Según esta solución, si bien el Tribunal no está facultado para desarrollar directamente una actividad

(11) LAUBADERE: op. cit., pág. 451.

(12) PROSPER WEIL: op. cit., pág. 98.

administrativa, se considera competente para, en vía de recurso, suplir la inactividad de la Administración, adoptando las medidas que para ello sean necesarias, ordenando su cumplimiento. Es cierto que una inactividad material no ofrece base consistente para un recurso, pero puede provocarse una actividad formal, y contra esta actividad formal -complementada, en su caso, por la figura del silencio de la Administración- puede iniciarse la revisión (13).

Si la Administración no toma precauciones de seguridad en una obra peligrosa o no desloja a un usurpador de la vía pública (inactividad material), debe provocarse un acto administrativo mediante una reclamación administrativa, y contra este acto administrativo es en referencia a la inactividad material previa, puede iniciarse la vía contenciosa. La sentencia del Tribunal no se limita en este sistema a la anulación ideal del acto administrativo provocado, sino a la conformación de la relación jurídica que sea conforme a derecho, y, en su caso, se dicta una orden a la Administración (14).

El sistema español de garantía, frente a la inactividad material de la Administración, supera en cierta forma el sistema francés al establecer que el administrado puede obtener el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

(13) NIETO: op. cit., págs. 118 y ss. Cfr. GONZALEZ PEREZ: "Derecho Procesal Administrativo", T. 2º, págs. 948 y ss. SABINO ALVAREZ GENDIN: "Teoría y Práctica de lo Contencioso-Administrativo", Barcelona, 1960, pág. 192. MONTORO PUERTO: op. cit., págs. 203 y ss.

(14) NIETO: op. cit., pág. 118.

3. 4. Otros sistemas. - Este problema se encuentra también en el Derecho italiano. La ejecución de la decisión administrativa se verifica en vía administrativa, ocurriendo lo propio cuando se trata de resoluciones del Consejo de Estado que actúa como órgano jurisdiccional en relación con ciertas materias, y en orden a los tribunales comunes cuando conocen de materias administrativas. Si la Administración se negara, al menos tácitamente, a llevar a cabo la anulación del acto (p. ej., no admitiendo al empleado cuyo despido fue anulado), cuando se trate de un ente público menor, podrá actuar la autoridad tutelar en el ejercicio de su control sustitutivo; y si se trata de autoridad estatal, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de aplicación analógica de ciertas disposiciones, referentes al recurso ante el Consejo de Estado para conseguir el cumplimiento de una decisión judicial (15).

De igual manera, esta problemática también se manifiesta en la República Federal Alemana (16).

4. LA SOLUCION DEL DERECHO NICARAGUENSE

La ejecución de las sentencias administrativas plantea arduos y serios problemas en la mayoría de las legislaciones. Como afirma Bielsa, "La ejecución de sentencias contra la Administración pública es una de las cuestiones más diversamente entendidas o consideradas, no tanto por motivos de principio -pues no se concibe en un orden jurídico regular que una sentencia con autoridad de

(15) ALESSI: "Instituciones de Derecho Administrativo", T. 2º, pág. 675.

(16) FORSTHOFF: "Tratado de Derecho Administrativo", págs. 730 y ss.

cosa juzgada no se ejecute cuando la parte en juicio lo pide-, sino por deficiencias legislativas (Leyes ambiguas o imprecisas), o por falta de leyes que regulen la materia" (17). Frente a esas deficiencias y obstáculos, la solución consagrada al respecto por el Derecho nicaragüense nos parece bastante acertada dada la sencillez y energía de las normas que contiene la Ley de Amparo.

Según el artículo 25 de la Ley de Amparo de Nicaragua, éste procede tanto contra actos positivos como contra actos negativos. Si se trata de actos negativos, el efecto del amparo será obligar a la autoridad o funcionario responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir por su parte lo que la misma garantía exige. Así, podría suceder que la Administración se niegue expresamente a conceder una determinada autorización prevista por la ley, cuando su petición reúna todos los requisitos exigidos. Pues bien, en estos casos la Corte Suprema de Justicia puede obligar a la autoridad o funcionario a que obre en un sentido determinado: conceder la autorización.

Esta solución es aplicable además a los casos denegatorios del silencio administrativo. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia amparó una solicitud de apertura de una farmacia, que no había sido resuelta por la autoridad administrativa, en los siguientes términos: "Ha lugar al amparo y se fijan ocho días para que el Director General de Sanidad resuelva la solicitud de FARMESA sobre que se le autorice para abrir una botica. Cuando se trata de una facultad discrecional, el silencio no viola ninguna garantía constitucional; pero cuando la ley impone la interven-

(17) BIELSA: "Sobre lo Contencioso-Administrativo", pág. 279.

ción de la autoridad, se debe interpretar como negativa. Sin embargo, esa doctrina no puede ser aplicada en nuestro sistema constitucional, y como la Constitución otorga al particular el derecho de pedir e impone a la autoridad la obligación de resolver, si ésta se abstiene, infringe ese derecho constitucional, puesto que lo hace nugatorio, y por lo tanto se debe obligar a la autoridad por medio del amparo, a resolver" (18).

En efecto, la figura del silencio administrativo no es aplicable en el ordenamiento jurídico nicaragüense pues existe obligación constitucional de pronunciarse en virtud de lo dispuesto por el artículo 117 C.N.

¿Qué puede hacer entonces el administrado en caso de dirigir una petición o reclamación ante la Administración y ésta no es resuelta?. En primer lugar, agotar la vía administrativa para obtener una decisión; en segundo lugar, si no ha obtenido ninguna decisión, recurrir en amparo ante la Corte Suprema de Justicia.

Si la sentencia de amparo es favorable y obliga a actuar a la Administración, entonces se puede recurrir pidiendo la ejecución de la sentencia, según el procedimiento señalado antes por los artículos 28 y 30.

El artículo 27, párrafo 1, prescribe: "Dictada la sentencia en materia de amparo, el Tribunal la comunicará por oficio y sin demora a las autoridades o funcionarios responsables para su cumplimiento y lo hará saber a las demás partes". En el párrafo 2, dispone: "La sentencia que declare la inconstitucionalidad de

(18) Sentencia de 11½ a.m. del 14 de mayo de 1946, B. J. 13434.

una ley o decreto, deberá publicarse, además en "La Gaceta", Diario Oficial".

"Si dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación, las autoridades o funcionarios responsables no dieran cumplimiento a la sentencia, en el caso en que la naturaleza del acto lo permita, la Corte Suprema requerirá al superior inmediato de la autoridad o funcionario responsable, para que obligue a ésta a cumplir sin demora la sentencia; y si dicha autoridad o funcionario, no tuviese superior jerárquico, el requerimiento se hará directamente a ella. Cuando la sentencia no se obedeciese a pesar de los requerimientos, la Corte Suprema de Justicia pondrá al remiso al la orden de la autoridad competente para que deduzca las responsabilidades criminales del caso" (artículo 28).

Aún más, el artículo 29 contempla el caso de que las autoridades responsables gocen de inmunidad, en cuyo caso: "Si la autoridad responsable que se negase a cumplir la sentencia gozase de inmunidad, la Corte Suprema de Justicia lo comunicará a la Cámara de Diputados para los efectos del Arto. 153 C.N. ".

Finalmente, "Si después de concedido el amparo, el funcionario o autoridad responsable insistiese en la repetición del acto reclamado o tratase de eludir la sentencia, será separado de su cargo y sometido a los jueces para que lo juzguen por la desobediencia cometida, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto por el Arto. 58 " (artículo 30). El artículo 58 a que este precepto hace mención se refiere a responsabilidades.

5. REMEDIOS PARA EVITAR LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION.

Preocupación fundamental del procedimiento administrativo moderno es la búsqueda de la rapidez y eficacia de sus trámites y operaciones que contrasta, notablemente, con la lentitud observada en los procesos ante la jurisdicción administrativa. "El procedimiento contencioso-administrativo no escapa, por desgracia, del gravísimo defecto de la lentitud que parece acompañar a los mecanismos judiciales, como la sombra al cuerpo" (19). La lentitud observada parece acentuarse con la exigencia de la regla de la decisión previa en vía administrativa, a la indeterminación de los plazos para pronunciarse, y a la aplicación reiterada de los silencios administrativos.

A menudo sucede que los perjuicios causados no son únicamente de lentitud o de demora excesiva, sino que aún más, pueden ser hasta irreparables, revelándose muy imperfecto el mecanismo de la defensa judicial, siendo necesario remediar esta situación.

Una solución arbitrada por el Derecho, es la indemnización pecuniaria de los daños causados, pero ¿no sería más conveniente, tanto para el particular como para la Administración y aún para la comunidad en general, evitar esa situación extrema. ?.

Una de las posibles técnicas que pueden emplearse consiste en el acceso directo a la jurisdicción administrativa en casos especiales que puedan perjudicar a los administrados, tales como los de reparación imposible o difícil por el transcurso del tiempo. Al mismo tiempo, se debe autorizar a los tribunales para que conozcan de los casos de omisión que también pueden ocasionar perjui-

(19) NIETO: Op. cit. , Pág. 122

cios de reparación imposible o difícil.

Mención especial requiere la llamada técnica del "référé administratif" que permite al Presidente del Tribunal la adopción de medidas temporales rápidamente ejecutables, en razón de la urgencia del caso. Esta institución adquiere su moderna configuración por la Ley de 28 de noviembre de 1955, modificadora del artículo 24 de la Ley de 22 de julio de 1889, en Francia.

Condición indispensable del référé es que se trate de una cuestión urgente, que se determina en cada caso concreto y según las circunstancias del asunto; además esta urgencia no debe afectar ni al orden ni a la seguridad públicos; y por último, como el référé supone la iniciación de un procedimiento previo o simultáneo a la acción principal, ésta debe ser en principio admisible, rechazándose cuando ella sea manifiestamente inadmisibile(20).

El Presidente del Tribunal tiene la facultad de otorgar todas las medidas necesarias, pudiendo en consecuencia ordenar medidas periciales, etc; sin embargo, al pronunciarse sobre una petición de référé, debe cuidar muy bien de no presumir la decisión final de la acción principal, pues el référé es tan sólo un procedimiento previo cuya finalidad es la adopción de medidas transitorias en favor de los derechos eventuales de las partes. Por otro lado, las medidas que se adopten no pueden, en ningún caso, obstaculizar la ejecución de ninguna decisión administrativa .

La decisión del Presidente es ejecutoria, siendo susceptible de

(20) COURBE NICOLE: "El Référé Administratif" en el Derecho Francés "R. A. P. ", nº 37, 1962, Págs. 341 y ss. H. BONNEAU: "Tribunaux Administratifs. Procédure Ordinaire: l'Instruction", Juris Classeur Administratif fascículo 636. WALINE: "Précis ...", Págs. 179 y s. LAUBADERE: Op. cit., Pág. 471. DEBBASCH: Op. cit., Págs. 525 y s.

apelación ante el Consejo de Estado en los quince días siguientes a su notificación. El Consejo de Estado tiene en la apelación las mismas facultades que el Presidente del Tribunal Administrativo, estándole vedado conocer del asunto principal.

El procedimiento del *référé* ha sido destacado por la utilidad que presenta frente a la lentitud de la justicia administrativa, que se complementa por el procedimiento de constatación de urgencia, el que permite no sólo proceder a un perjuicio no contradictorio, sino incluso en los casos de urgencia que afectan al orden y la seguridad públicos. La institución del *référé* ha sido elogiada por la utilidad que presenta, al presentarse como una solución rápida(21).

Señala Bonneau, como condiciones de admisibilidad del *référé* las siguientes: 1) no está sujeta a la admisibilidad de la demanda principal; 2) no está subordinada a la existencia de una decisión previa; 3) no debe afectar al orden y seguridad públicos; 4) puede ejercerse sobre todas las materias, aunque muy restringida en el recurso por exceso de poder; 5) no es necesario que se haya presentado demanda, pero debe existir un litigio nacido y actual; 6) es preciso la urgencia; 7) no puede prejuzgar lo principal; 8) ha de utilizarse para prevenir una situación que puede convertirse en irreparable. (22).

Otro conjunto de medidas que pueden adoptarse para evitar el retraso o inactividad, tratando de paliar sus consecuencias, serían: 1) establecer el principio de la impulsión de oficio en los trámites del procedimiento administrativo; 2) posibilidad de prescindir de los informes preceptivos cuando éstos no se reciban en el plazo legal; 3) aplicación, por razones de interés público, y a veces

(21) COURBE NICOLE: Op. cit., Pág. 340.

(22) BONNEAU: Op. cit., resumido por NIETO: Op. cit, Pág. 125.

hasta por razones de interés privado, de procedimientos de urgencia; 4) comunicación directa del órgano que tramita el expediente con otros órganos administrativos y con los interesados en el procedimiento; 5) adopción de normas de racionalización y automatización de los trabajos burocráticos; 6) obligación de la autoridad que tramita el expediente de consignar en él la causa del retraso; 7) posibilidad de que el administrado, al interponer un recurso administrativo, haga constar ante el órgano superior el retraso en que incurrió el inferior; 8) la facultad de que la autoridad que conozca de un recurso administrativo, pueda ordenar la incoación del oportuno expediente disciplinario para determinar el funcionario o funcionarios responsables del mismo, a fin de imponerles, si procede, las oportunas sanciones. La facultad de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, civiles y laborales, de poner en conocimiento del Ministerio correspondiente el retraso que observen en la resolución de los expedientes que revisen. Otra es la adopción de la figura del silencio administrativo para evitar situaciones de indefensión (23).

Como medidas complementarias, pueden señalarse: a) la creación de un clima contrario al retraso mediante la formación que se le dé al administrador, tendiendo a lograr la colaboración de los administrados en el procedimiento de toma de decisiones bajo una óptica pedagógica; b) la responsabilidad personal de los funcionarios negligentes; mientras penalmente pueden sancionarse ciertas conductas de los juzgadores tal es el caso del juez que se niegue a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley; o bien por retardo culpable en la Administración de jus-

(23) Cfr. sobre las medidas del Derecho español: BOLEA FORADADA: "El Retraso de la Administración y el Silencio de la Administración" R.A.P., nº 51, 1966, Págs. 309 y ss.

ticia; no sucede lo mismo en la esfera administrativa, siendo necesario la articulación de un sistema de responsabilidades penales pues tanto el juez como el administrador desempeñan una función pública cuya mala gestión puede acarrear graves consecuencias; c) ampliación de los plazos dentro de los cuales el administrado puede recurrir contra los casos de silencio administrativo; d) imposición de costas a la Administración en los recursos promovidos contra los casos de silencio (24), el administrado conoce la denegación pero ignora el recurso que debe interponer y ante quién debe hacerlo; a veces se ve obligado a buscar un técnico en Derecho, lo que ocasiona gastos, de aquí que si la jurisdicción le da la razón, entonces debe condenarse a la Administración en costas.

Isaac opina que otro de los medios de paliar la inercia administrativa es la extensión de los efectos positivos derivados del silencio, aunque reconoce que esta solución se sitúa más bien en el campo de las libertades públicas de los ciudadanos o en las relaciones de las colectividades descentralizadas (25).

Además, es preciso estructurar un adecuado sistema de responsabilidad general por parte de la Administración, cuando el retraso es imputable a ella; esta responsabilidad debe complementarse con otro sistema de responsabilidad personal de parte de los funcionarios culpables para incitarles al cumplimiento de sus deberes. En todo caso, y siempre que se produzca un perjuicio directo al administrado, y que este sea susceptible de evaluación debe indemnizarse.

(24) BOLEA: Op. cit., Pág. 312

(25) ISAAC: "La Procédure Administrative Non Contentieuse", Pág. 360.

Por otro lado, resulta interesante la posibilidad de utilización de acciones populares para impugnar la inactividad de la Administración. De esta manera es posible en el ordenamiento jurídico español utilizar una acción popular para impugnar en vía contenciosa la inactividad de la Administración ante infracciones de normas urbanísticas.

En efecto, a menudo un particular observa que determinadas construcciones que se están levantando en alguna ciudad no se acomodan a las normas urbanísticas aprobadas al efecto. Después de una indagación, procede a denunciar el hecho, pidiendo que si tales obras contravienen las normas urbanísticas, sean paralizadas y demolido lo indebidamente construído. La autoridad, después de una comprobación, puede ordenar la paralización y proceder en consecuencia. En cualquier caso, la Administración debe dar alguna contestación al particular. "Pero si la Administración guarda silencio, y se muestra inactiva ante la denuncia, el particular denunciante puede ejercitar la correspondiente acción contencioso-administrativa para que la jurisdicción revise tal actividad urbanística y declare si se ajusta o no a derecho" (26).

Esta es la cuestión que se planteó ante el Tribunal Supremo Español, resuelto en su sentencia de 4 de noviembre de 1971. Comentando esa sentencia, Rodríguez Moro, llega a la conclusión de que el artículo 223 de la Ley del suelo concediendo una acción popular en materia urbanística está vigente, estando legitimado el particular por un simple interés de la legalidad. La acción, en cuestión, puede ejercitarse tanto contra un acto expreso (desestimando la denuncia) como contra el silencio de la Administración; en este último

(26) NEMESIO RODRIGUEZ MORO: "Acción popular para impugnar en vía contenciosa la inactividad de la Administración ante infracciones de normas urbanísticas" REVL. Nº 174, 1972, Pág. 342.

supuesto, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada. Estimó el Tribunal, que no es impedimento para el ejercicio de la acción contencioso-administrativa el que no se haya reclamado en reposición contra una licencia, anterior o posterior a la denuncia(27).

Por otro lado, y siempre dentro de esta misma problemática, la Sentencia de 8 de noviembre de 1971, mantiene la vigencia del artículo 223 de la mencionada Ley del suelo, pero declara también que se trata de una norma excepcional y, por tanto, de aplicación estricta y rigurosa. "Desde un punto de vista de la precisión normativa la norma excepcional que el artículo invocado establece no es una norma sobre jurisdicción ni sobre procedimiento, ni siquiera una norma procesal, en el sentido técnico de su aplicación jurídica, sino una norma de derecho material en cuanto regula la acción como derecho con efectos procesales, en su caso, en orden al ámbito de la legitimación, ya que configura una acción extensísima, no vecinal, sino popular, que pugnaría con la índole del procedimiento contencioso, de no ceñirse a los estrictos términos del precepto, en el orden restrictivo de su referencia concreta a la Ley del Suelo y a los Planes de Ordenación urbana exclusivamente". (S. de 8 de noviembre de 1971).

(27) RODRIGUEZ MORO, N.: Op. cit., Págs. 342 y ss.

CONCLUSIONES

Frente a las prerrogativas y privilegios de la Administración Pública, es necesario estructurar un adecuado y completo sistema de garantías que proteja a los particulares; es decir, un sistema de controles.

Estos controles pueden ser: internos o externos. Los primeros proceden de la misma estructura administrativa y se basan en la jerarquía. Los segundos, los exteriores a la Administración, adoptan varias modalidades: políticos, instituciones especiales (ombudsman, prokuratura), jurisdiccionales y procedimentales administrativos.

Respecto a los jurisdiccionales, se ha venido considerando como el sistema más idóneo de protección a los particulares, el denominado contencioso-administrativo. Sin embargo, éste a su vez se ha revelado insuficiente por ser un control a posteriori. Para colmar esa insuficiencia, surge el Procedimiento administrativo como medio de control en las fases en que se produce la actividad administrativa. De esta manera completa la protección jurisdiccional al ser previo el procedimiento administrativo. No se oponen, se complementan.

El procedimiento administrativo -que influye positivamente en la legalidad- es un instrumento idóneo para lograr una mayor eficacia en la actuación administrativa. De allí que sea objeto de es

tudio de la ciencia de la Administración, además del ángulo jurídico; lo cual explica el notable florecimiento y desarrollo que ha alcanzado en la mayoría de las legislaciones, independientemente de sus sistemas políticos.

Al controlar la actuación administrativa, protege a los particulares de las consecuencias perjudiciales derivadas de esa actuación. Pero aún más, les protege incluso de la inactividad administrativa que puede resultarles más peligrosa.

Esta inactividad puede entenderse de dos maneras: formal y material. La formal se da dentro de un procedimiento cuando la Administración tiene la obligación de pronunciarse. La material consiste en una inactividad, en un no hacer.

Para proteger a los particulares de la inactividad formal, el Derecho utiliza la institución del silencio administrativo. Este silencio puede ser negativo o positivo.

En virtud del silencio negativo, se entienden desestimadas las pretensiones o reclamaciones, para poder deducir los recursos correspondientes. En este sentido, actúa como contrapartida del privilegio del acto, y sus efectos son estrictamente procesales.

Mediante el silencio positivo se entienden estimadas las pretensiones, produciendo efectos jurídicos materiales: los de un acto administrativo a todos sus efectos.

Pese a la aparente identidad que indican sus nombres, se trata de dos instituciones esencialmente diversas, con naturalezas y fundamentos jurídicos distintos.

Por otra parte, en Nicaragua el artículo 117 de la Constitución establece el deber de pronunciarse. Por ello, la jurisprudencia

dencia nacional ha entendido que la institución del silencio administrativo no es aplicable en el Ordenamiento jurídico nicaragüense.

Pese a la obligación categórica del citado precepto constitucional, creemos que es posible y recomendable la aceptación de la institución del silencio. De una parte porque la legislación, generalmente, no establece plazos para pronunciarse, y si los establece no ofrece garantías, ni sanciones para obligar a la Administración a pronunciarse. De otra, porque la institución destruye la incerteza y ambigüedad provocada por el hecho del silencio mismo.

El deber constitucional de pronunciarse no excluye la figura del silencio, y las garantías y ventajas de la institución reforzarían la intención y fines perseguidos por el mencionado precepto.

No es este el momento, ni el lugar adecuado para criticar la jurisprudencia nicaragüense (sólo en una sentencia se ha contemplado el silencio administrativo), pero nos parece errónea la calificación de "doctrina" que da a la institución. Por otra parte, restringir la aplicación del silencio únicamente a los casos de competencia reglada, nos parece peligroso pues deja un margen de discrecionalidad sumamente amplio en manos de la Administración, dentro del cual los particulares estarían indefensos.

Respecto a la inactividad material de la Administración, deben potenciarse al máximo los remedios para obligarla a actuar, insistiendo, sobre todo, en la formación de "espíritu" de servicio y responsabilidad en los administradores. En este sentido,

nos parecen acertadas las sencillas pero enérgicas reglas que consagra la Ley de Amparo, en el orden de ejecución de sentencias.

Desde el ángulo de aproximación de esta tesis, recomendamos e invitamos a los estudiosos de mi país a la reflexión y estudio de la conveniencia, necesidad y ventajas de una Ley general de Procedimiento Administrativo, como uno de los primeros pasos a dar para una reforma administrativa, que tanta falta hace.

La conveniencia de una Ley de este tipo, creemos que es indudable, a la luz de las experiencias del Derecho comparado. Si bien la codificación del Derecho administrativo puede ser discutida, no lo es respecto a ciertas materias concretas como la que propugnamos, tanto por su naturaleza como por los resultados positivos que ha dado y sigue dando aún.

Al ser un instrumento de eficacia, creemos que puede contribuir positivamente a una justa y racional reforma, sirviendo de cauce, guía y orientación de la actividad administrativa.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIRRE RAMIREZ GONZALO: "La Competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución de 1967". R.D.J.A. T. 67, 1969, pág. 149, Montevideo.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO NICETO: "Proceso, Autocomposición y Autodefensa". Imprenta Universitaria, México, 1947.
- ALESSI RENATO: "Instituciones de Derecho Administrativo", 2 tomos, Ed. Bosch, Barcelona, 1970.
- ALTAMIRA PEDRO GUILLERMO: "Principios de lo Contencioso-Administrativo". Ed. Omba, Buenos Aires, 1962.
- ALVAREZ-GENDIN SABINO: "Derecho Administrativo", 2 tomos. Ed. Bosch, Barcelona, 1958.
- "Teoría y Práctica de lo Contencioso-Administrativo". Barcelona, 1960.
 - "Estudio de la Nueva Ley de Procedimiento Administrativo". R.A.P., Nº 26.
- ALVAREZ LEJARZA EMILIO: "Las Constituciones de Nicaragua". Madrid, Ed. Cultura Hispánica, con prólogo de D. Manuel Fraga Iribarne.
- ANDRADE LABARCA NECTARIO: "La Administración Pública". Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Venezuela, Nº 3, 1961.
- "Consideraciones sobre el Concepto del Derecho Administrativo". Rev. de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Venezuela, Nº 6, 1962.
- AUBY JEAN-MARIE: "La Procédure Administrative Non Contentieuse". Dalloz, Chronique, 1956.
- AUBY-ROBERT DUCOS-ADER: "Droit Administratif". 2ª ed., 1970, Dalloz, Paris.

- BAENA DEL ALCAZAR MARIANO: "Instrucciones y Circulares como Fuente del Derecho Administrativo". R. A. P. Nº 48, 1965, pág. 107.
- "Naturaleza Jurídica del Silencio de la Administración". R. E. V. L. Nº 121, 1962.
 - "Efecto Afirmativo del Silencio de la Administración". R. E. V. L. Nº 123, 1962.
- BARBE PEREZ HECTOR: "Adecuación de la Administración Con formadora del Orden Económico y Social a las Exigencias del Es tado de Derecho". R. D. J. A. T. 65, pág. 11, Montevideo, 1967.
- BARRIOS DE ANGELIS DUARTE: "Teoría del Proceso Adminis trativo y Constitucional". Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX (Homenaje a Sayagués Laso), T. V., pág. 639.
- BENOIT FRANCIS PAUL: "Le Droit Administratif Français". Dalloz, Paris, 1968.
- BENSA UBALDO: "Il Problema Giuridico del Silenzio". Génova, 1906.
- BERCAITZ MIGUEL ANGEL: "Proceso y Procedimiento Contencioso-Administrativo". R. A. P. Nº 44, 1964, pág. 121.
- BIELSA RAFAEL: "Derecho Administrativo". Ed. Depalma, 5ª ed., Buenos Aires, 1955.
- "Sobre lo Contencioso-Administrativo". 3ª ed., Santa Fé, 1964.
- BOLEA FORADADA JUAN ANTONIO: "El Retraso de la Adminis tración y el Silencio de la Administración". R. A. P. Nº 51, 1966, pág. 303.
- BONNEAU, H.: "Tribunaux Administratifs. Procédure Ordinaire: l'Instruction". Juris Classeur Administratif, fascículo 635.
- BOQUERA OLIVER JOSE MARIA: "Derecho Administrativo y So cialización". C. F. P. F., Madrid, 1965.
- "Algunas Dificultades de la Actual Regulación del Silencio Ad ministrativo". R. A. P. Nº 30, 1959, pág. 85.
- BOSCH TRISTAN: "El Procedimiento Administrativo en los Es tados Unidos de América". Montevideo, 1953.
- BRAIBANT GUY: "Le Droit Administratif Français". 3 fascículos multigrafiados, Paris, 1972.
- BREWER CARIAS ALLAN RANDOLPH: "Las Instituciones Funda mentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Vene zolana". Facultad de Derecho, Caracas, 1964.

- BRISEÑO SIERRA HUMBERTO: "El Proceso Administrativo en Iberoamérica". UNAM, México, 1968. Instituto de investigaciones jurídicas.
- BUTTGENBACH ANDRE: "Manuel de Droit Administratif". 3ª ed., G. Larcier, 2 volúmenes, Bruselas, 1966.
- CAETANO MARCELLO: "Manual de Direito Administrativo". 8ª ed., Lisboa, 1968.
- CAMBIER CYR: "Droit Administratif". Bruselas, 1968.
- CAPPELLETI MAURO: "La Garantía Constitucional del Debido Proceso y su Particularización Jurisprudencial". Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Uruguay, 1962, T. 59, pág. 151.
- CASSINELLI MUÑOZ HORACIO: "Confrontación de los Sistemas de lo Contencioso-Administrativo en Alemania Federal y Uruguay". R.D.J.A. T. 66, pág. 153.
- CASTAGNE JADWIGA: "Les Défenseurs de l'Intérêt Social dans la Procédure Administrative Non Contentieuse de la République Populaire de Pologne". R.D.P., 1963, pág. 177.
- CATALDI GIUSEPPE: "Il Procedimento Amministrativo nei suoi Attuali Orientamenti Giuridici e Non Giuridici". Milán, 1967.
- CLAVERO AREVALO MANUEL FRANCISCO: "Ambito de Aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo". R.A.P. Nº29, 1959, pág. 311.
- "La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las Lagunas del Ordenamiento Jurídico". R.A.P. Nº7, 1952.
- CORTIÑAS-PELAEZ LEON: "Una Concepción Planetaria del Hombre y del Derecho Público". Perspectivas, T. 1º, separata.
- "El Marco Histórico y Planetario del Poder Ejecutivo Colegiado". R.D.J.A. T. 64, Montevideo, 1966.
 - "Estado Democrático y Administración Prestacional". R.A.P. Nº 67, 1972, pág. 95.
- CORELLA MONEDERO JOSE MARIO: "La Doctrina del Silencio Positivo en la Aprobación de los Planes de Ordenación Urbana". R.E.V.L. Nº 174, 1972.
- COURBE NICOLE: "Control de la Legalidad de los Actos Administrativos en Checoslovaquia". R.A.P. Nº 50, 1966.
- "El 'Référé Administratif' en el Derecho Francés". R.A.P. Nº 37, 1962.
- DEBBASCH CHARLES: "Droit Administratif". Ed. Cujas, Paris, 1971.

- "Procédure Administrative Contentieuse et Procédure Civile". L. G. D. J. , Paris, 1962.
 - "Institutions Administratives". L. G. D. J. , Paris, 1966.
- DEMBOUR JACQUES: "Droit Administratif". Facultad de Derecho, Lieja, 1970.
- DE CASTRO Y BRAVO FEDERICO: "Compendio de Derecho Civil". 5ª ed. , Madrid, 1970.
- "El Negocio Jurídico". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- DIAZ ELIAS: "Estado de Derecho y Sociedad Democrática". Cuadernos para el Diálogo, 3ª ed. , 1969, Madrid.
- DUVERGER MAURICE: "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional". 5ª ed. Traducción Castellana. Ed. Ariel, 1970.
- ENTRENA CUESTA RAFAEL: "Curso de Derecho Administrativo". 3ª ed. , Madrid, 1968, Tecnos.
- "El Principio de Igualdad ante la Ley y su Aplicación en el Derecho Administrativo". R. A. P. Nº 37, 1962, pág. 63.
 - "Los Movimientos Centralizadores en Inglaterra". Madrid, 1960.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ TOMAS RAMON: "Silencio Negativo, Actos Firmes y Actos Confirmatorios". R. A. P. Nº 53, 1967, pág. 277.
- "La Doctrina de los Vicios de Orden Público". Madrid, 1970.
- FIORINI A. BARTOLOME: "Manual de Derecho Administrativo". 2 tomos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968.
- "¿Qué es el Contencioso?". Buenos Aires, 1965.
- FORSTHOFF ERNST: "Tratado de Derecho Administrativo". Traducción Castellana. I. E. P. , Madrid, 1958.
- FRAGA GABINO: "Derecho Administrativo". Ed. Porrúa, 10ª ed., México, 1963.
- GARCIA DE ENTERRIA EDUARDO: "Revolución Francesa y Administración Contemporánea". Ed. Taurus, 1972.
- "Sobre Silencio Administrativo y Recurso Contencioso". R. A. P. Nº 47, 1965, pág. 207.
 - "Verso un Concetto di Diritto Amministrativo como Diritto Statutario". Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1960, pág. 317.
 - "La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo". R. A. P. Nº 38, 1962.
- GARCIA GARRIDO J. MANUEL: "Casuismo y Jurisprudencia Romana". Ed. UNED, Madrid, 1973.

GARCIA OVIEDO CARLOS: "Derecho Administrativo". EISA, 3ª ed., 1962.

GARCIA OVIEDO-MARTINEZ USEROS: "Derecho Administrativo", 8ª ed., 1968.

GARCIA-TREVIJANO, J. A.: "Tratado de Derecho Administrativo", Madrid, 1967.

GARRIDO FALLA FERNANDO: "Tratado de Derecho Administrativo". 3 volúmenes, 5ª ed., IEP, Madrid, 1970.

- "Las Transformaciones del Régimen Administrativo". IEP, 2ª ed., Madrid, 1962.
- "La Nueva Ley sobre el Procedimiento Administrativo". R. E. V. L., Nº 101, pág. 651.
- "Las Fuentes No Escritas del Derecho en el Derecho Administrativo". R. E. V. L. Nº 97, 1958, pág. 3.
- "La Llamada Doctrina del Silencio Administrativo". R. A. P. Nº 16, 1955, pág. 85.
- "La Administración y la Ley". R. A. P. Nº 6, 1951, pág. 125.
- "Sobre el Derecho Administrativo y sus Ideas Cardinales". R. A. P. Nº 7, 1952, pág. 11.
- "El Silencio Administrativo en la Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa". R. E. V. L. Nº 91, 1957.
- "La Descentralización Administrativa". Universidad Rodrigo Facio, Costa Rica, 1967.
- "Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos". Madrid, 1956.

GOMEZ ACEBO-SANTOS RICARDO: "El Ejercicio de la Función Legislativa por el Gobierno: Leyes Delegadas y Decretos-Leyes". R. A. P. Nº 6, 1951, pág. 99.

GOMEZ FERRER RAFAEL: "Resoluciones Tardías y Conflicto de Intereses Privados". R. A. P. Nº 68, 1972.

GONZALEZ PEREZ JESUS: "El Procedimiento Administrativo". Madrid, 1964, Publicaciones Abella.

- "Derecho Procesal Administrativo". 3 tomos, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos.
- "El Procedimiento para elaborar Disposiciones de Carácter General". R. A. P. Nº 40, 1963, pág. 9.
- "La Representación de los Interesados en la Ley de Procedimiento Administrativo". R. A. P. Nº 52, 1967, pág. 13.
- "El Silencio Administrativo y los Interesados que no incoaron el Procedimiento Administrativo". R. A. P. Nº 68, 1972, pág. 235.
- "El Silencio Administrativo en la Nueva Ley de Procedimiento". D. A. 8-9, 1958, pág. 35.

- "Los Recursos Administrativos". BOE. 2ª ed. , 1969.
- "El Administrado". Ed. Abella, Madrid, 1966.

GONZALEZ NAVARRO FRANCISCO : "Procedimiento Administrativo y Vía Administrativa". R. A. P. Nº51, 1966, pág. 181.

- "La Llamada Caducidad del Procedimiento Administrativo". R. A. P. Nº 45, 1964, pág. 191.
- "Estudio Preliminar". En vol. I colectivo de "Procedimientos Administrativos".
- Recensión al Libro de Guaita, "Derecho Administrativo Especial". R. A. P. Nº 47, 1965.
- "La Prueba en el Procedimiento Administrativo" en "Procedimientos Administrativos Especiales". Vol. 2, ENAP, 1969.

GONZALEZ RIVERO ANGEL : "El Silencio Administrativo en el Derecho Español". R. E. V. L. Nº 111, 1960, pág. 329.

GORDILLO AGUSTIN: "Procedimiento y Recursos Administrativos". 2ª ed. , Ed. Matchi, 1971, Buenos Aires.

- "El Acto Administrativo". 2ª ed. , Abeledo Perrot, 1969, Buenos Aires.
- "Introducción al Derecho Administrativo". 2ª ed. , Abeledo Perrot, 1966, Buenos Aires.

GOUTTENOIRE RENE : "Le Silence de l'Administration". Tesis. París, 1932.

GRAU ARMANDO EMILIO: "La Razonabilidad en el Procedimiento Administrativo". Revista Ciencias Administrativas, Nº 27, 1968 Argentina.

GUAITA AURELIO: "La Revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo". Ed. CFPF, Madrid, 1964.

- "Derecho Administrativo Especial". 3ª ed. , Zaragoza, 1969.
- Voz "Incongruencia de los Actos Administrativos". NEJ, T. XII, Seix, Barcelona.
- "Doce Clases de Reclamaciones". D. A. Nº 122, 1968.

HERNANDEZ RON, J. M. : "Tratado Elemental de Derecho Administrativo". 2 volúmenes. Tipografía americana, Caracas, 1937.

HROMADA JIRI : "Perspectivas del Desarrollo del Derecho Administrativo y de la Administración Estatal en la República Socialista Checoslovaca". Perspectivas, T. IV, Nº 109, pág. 319.

ISAAC GUY: "La Procédure Administrative Non Contentieuse". LGDJ, París, 1968.

JELLINEK WALTER: "Alemania como Estado de Derecho". R. A. P. Nº 6, pág. 347.

- JIMENEZ ASENJO ENRIQUE : Voz "Economía Procesal". NEJ, VII, 1955, pág. 897.
- KIRCHMANN VON, J. H. : "La Jurisprudencia no es Ciencia". Traducción castellana. IEP, 1949, Madrid.
- LANGROD GEORGES : "Procédure Administrative et Droit Administratif". R. I. S. A. , 1956, Nº 3.
- "La Nouvelle Loi Yougoslave sur la Procédure Administrative Non Contentieuse". Revue Administrative, 1957, pág. 631.
 - "La Codification de la Procédure Administrative Non Contentieuse en Pologne". Revue Administrative, Nº 77, 1960, pág. 533.
 - "La Codification des Procédures Administratives (Non Contentieuses et Contentieuses) en Bulgarie". Revue Administrative, Nº 142, 1971, pág. 463.
 - "La Renaissance de la Science Administrative en URSS et dans les Démocraties Populaires". R. I. S. A. , 1963, Nº 1, pág. 22.
 - "Pour une Protection Efficace du Particulier contre les Abus de l'Administration". Revue Administrative, Nº 131, 1969, pág. 631.
 - "La Réalité et l'Apport de l'Ombudsman au Fonctionnement de l'Administration Britannique". Revue Administrative, Nº 146, 1972, pág. 191.
- LAREA MARTINEZ ELOY : "Estado de Derecho y Democracia Social en Venezuela". Perspectivas, T. V, Nº 165, pág. 589.
- LAUBADERE ANDRE : "Traité Elémentaire de Droit Administratif". 5ª ed. , L. G. D. J. , Paris, 1970.
- "Droit Administratif Spécial". 3ª ed. , Thémis, Paris, 1967.
- LATORRE ANGEL : "Introducción al Derecho", 3ª ed. , Ariel, 1969.
- LEGAZ Y LECAMBRA LUIS : "El Estado de Derecho". R. A. P. , Nº 6, 1951, pág. 13.
- LOPEZ RODO LAUREANO : "Necesidad de una Nueva Regulación del Silencio Administrativo en nuestro Derecho". R. E. V. L. , Nº 89, 1956, pág. 657.
- LOPEZ NIETO Y MALLO FRANCISCO : "El Procedimiento Administrativo". Boch, Barcelona, 1960.
- MARIENHOFF MIGUEL S. : "Tratado de Derecho Administrativo". Abeledo Perrot, 1965, Buenos Aires.
- MARTIN MATEO RAMON : "Manual de Derecho Administrativo". Madrid, 1970.
- "Silencio Positivo y Actividad Autorizante". R. A. P. Nº 48, 1965, pág. 205.

- MARTINEZ USEROS ENRIQUE: "La Teoría del Silencio Administrativo en el Régimen Municipal Español". R. E. V. L. Nº 32, 1947, pág. 165.
- MARTONYI JANOS: "Problèmes de l'Appréciation Discrétionnaire dans l'Administration Socialiste". Perspectives, T. IV, pág. 655.
- MAST ANDRE: "Précis de Droit Administratif Belge". Story Scientia, Bruselas, 1966.
- MERIKOSKI VELI: "Le Pouvoir Discrétionnaire de l'Administration". Institut International des Sciences Administratives, Bruselas, 1959.
- MEILAN GIL JOSE LUIS: "Proceso de la Definición del Derecho Administrativo". C.F.P.F., Madrid, 1967.
- MERKL ADOLFO: "Teoría General del Derecho Administrativo". Madrid, 1935.
- MOLES CAUBET ANTONIO: "Vicisitudes del Procedimiento Administrativo Venezolano". R. I. S. A., 1972, pág. 270.
- MONTIEL FELIX: "El Ciudadano y el Administrado". R. A. P., Nº 48, 1965, pág. 127.
- MONTORO PUERTO MIGUEL: "Nuevas Perspectivas en la Ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas". R. E. V. L., Nº 166, 1970.
- MURILLO FRANCISCO: "Administración y Política". R. A. P., Nº 6, 1952, pág. 89.
- NAVA NEGRETE ALFONSO: "Derecho Procesal Administrativo". Ed. Porrúa, México, 1959.
- Nieto ALEJANDRO: "El Procedimiento Administrativo en la Doctrina y la Legislación Alemanas". R. A. P. Nº 32, 1960, pág. 75.
- "Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo en la República Federal Alemana". R. A. P. Nº 47, 1965, pág. 488.
 - "La Inactividad de la Administración y el Recurso Contencioso-Administrativo". R. A. P. Nº 37, 1962, pág. 75.
- OLIVERA TORO JORGE: "Manual de Derecho Administrativo". Ed. Jurídica Mexicana, 1963.
- PACTET PIERRE: "Essai d'une Théorie de la Preuve devant la Jurisdiction Administrative". Ed. A. Pedone, Paris, 1972.

- PALMA MARTINEZ ILDEFONSO: "Derecho Administrativo". Ed. Nuevos Horizontes, Managua, 1947.
- PARADA VAZQUEZ JOSE R.: "Informe sobre la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el Anteproyecto de Bases para una Ley Orgánica de Justicia". R.A.P. Nº58, 1969.
- "Privilegio de Decisión Ejecutoria y Proceso Contencioso". R.A.P. Nº 55, 1968.
- PEREZ HERNANDEZ ANTONIO: "El Silencio Administrativo en la Ley de 18 de Marzo de 1944". R.A.P. Nº 2, 1950, pág.131.
- PUGET HENRY: "Les Institutions Administratives Etrangères". Dalloz, Paris, 1969.
- REMION FELI, M.: "La Motivation des Actes Administratifs en Droit Belge". Rapports Belges au VIII^e Congrès International de Droit Comparé (Pescara, 1970), Bruselas, 1970, pág.669.
- RIVERO JEAN: "Droit Administratif". Précis Dalloz, 3^a ed. 1965, revisada 1968. Paris.
- "Le Huron au Palais Royal ou Réflexions Naïves sur le Recours pour Excès du Pouvoir". Dalloz Chronique, 1962, pág. 37.
 - "Le Système Français de Protection des Administrés contre l'Arbitraire Administrative à l'Epreuve des Faits". Mélanges Dabin, Bruselas, 1963, T.2^a, pág.80.
 - "Los Principios Generales del Derecho Administrativo Francés Contemporáneo". R.A.P. Nº 6, 1951.
- RIZO OYANGUREN ARMANDO: "Derechos y Garantías". Apuntes de clase. León, Nicaragua.
- RODRIGUEZ MORO NEMESIO: "Acción Popular para Impugnar en Vía Contenciosa la Inactividad de la Administración ante Infracciones de Normas Urbanísticas". R.E.V.L. Nº 174, 1972.
- ROMERO PEREZ JORGE E.: "Algunas Notas acerca del Código Penal de Costa Rica". Separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1972.
- ROYO VILLANOVA ANTONIO: "Elementos de Derecho Administrativo". Librería Santarén, 1952, 23^a ed.
- ROYO VILLANOVA SEGISMUNDO: "El Procedimiento Administrativo como Garantía Jurídica". R.E.V.L. Nº 48, 1949, pág. 55.
- "La Administración y la Política". R.A.P. Nº 10, 1953.
 - "El Silencio Positivo de la Administración y su Interrupción en Materia Municipal". R.E.V.L. Nº 48, 1949.

- SANDULLI ALDO M.: "El Procedimiento Administrativo". Milán, 1964.
- SANCHEZ AGESTA LUIS: "Principios de Teoría Política". Editora Nacional, 3ª ed., Madrid, 1970.
- SARMIENTO NUÑEZ J. G.: "El Procedimiento Contencioso-Administrativo en la Corte Suprema". Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Zulia, Venezuela, Nº 18, 1966, pág. 81.
- SAYAGUES LASO ENRIQUE: "Tratado de Derecho Administrativo". Ed. Bianchi, 2ª ed., 2 tomos. Montevideo, 1959.
- SERRA ROJAS ANDRES: "Derecho Administrativo". Ed. Porrúa México, 1959.
- SERRANO GUIRADO ENRIQUE: Voz "Administrado". N.E.J. II, 1950, pág. 375.
- "El Trámite de Audiencia en el Procedimiento Administrativo". R.A.P. Nº 4, 1951, pág. 129.
- SCHWARZ B.: "La Procédure Administrative aux Etats-Unis". Revue Internationale de Droit Comparé, 1951, pág. 251.
- SOUBEYROL JACQUES: "La Communication des Documents Administratifs aux Administrés". A.J.D.A., I, 1958, pág. 43.
- STJEPANOVIC NIKOLA: "Principi Fondamentali della Procedura Amministrativa in Jugoslavia". Perspectivas T.V., pág. 619.
- TUNC ANDRE: "El Derecho en Estados Unidos". Traducción española. Colección ¿Qué Sé?, Nº 59, Barcelona, 1971.
- TUNC RENE: "Le Secret Professionnel et les Relations Administratives". Revue Administrative, Nº 3, 1948, pág. 18.
- TOURDIAS: "Le Tribunal Administratif Juge de Droit Commun en Matière Administrative depuis 1954". Semaine Juridique J.C.P., 1960, I, pág. 1580.
- TROTABAS LOUIS: "Manuel de Droit Public et Administratif". L.G.D.J., 14ª ed., Paris, 1964.
- TRUJILLO PEÑA J.: "La Desviación de Poder en relación con el Recurso de Apelación y el Silencio Administrativo". R.A.P. Nº 35, 1961.
- VAN POELJE GERRIT ABRAHAM: "La Procédure Administrative aux Pays-Bas". R.I.S.A., 1965, Nº 4, pág. 275.
- VAUTHIER MARCEL: "Précis du Droit Administratif de la Belgique". 2 tomos, F. Larcier, 3ª ed., Bruselas, 1950.

VILLAR PALASI J. L.: "La "Federal Administrative Procedure Act" de Estados Unidos". R.A.P. Nº 1, 1950, pág. 277.

VILLAR Y ROMERO: "Derecho Procesal Administrativo". Madrid 1948.

VINANCOS EDUARDO: Voz "Instrucción". N.E.J. Nº 13, pág. 108.

VOGEL KLAUS: "La Tutela Jurídica frente al Poder Público en la República Federal Alemana". R.D.J.A., T. 66, Montevideo, 1968, pág. 153.

WALINE MARCEL: "Précis de Droit Administratif". 2 tomos, Ed. Montchrétien, Paris, 1969.

WIGNY PIERRE: "Droit Administratif", 4ª ed., Bruylant, Bruselas, 1962.

WENNERGREEN BERTIL: Rapport Général al XIVº Congrès International des Sciences Administratives (Dublin, 3-6 septiembre 1968); "La Protection des Citoyens dans les Procédures Administratives". Bruselas, 1969.

ZANOBINI GUIDO: "Curso de Derecho Administrativo". Arayú, Buenos Aires, 1954.

ZAMUDIO FIX: "Introducción al Estudio del Proceso Tributario en el Derecho Mexicano". Perspectivas, T. 3.

INDICE

	Pág.
Introducción	I
CAPITULO I	
CONCEPTO Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	
1- Introducción	1
2- Proceso: concepto amplio y concepto restringido	1
3- Procedimiento	3
4- Proceso y Procedimiento	6
5- Importancia de la distinción entre proceso y procedimiento	9
6- El procedimiento administrativo y la actividad Administrativa	10
7- La juridización del procedimiento Administrativo ...	14
8- El procedimiento administrativo y lo jurisdiccional..	17
9- Procedimiento Administrativo y Derecho Administrativo. Diferencias. Enfoques contenciosos del procedimiento administrativo	21
10- Contenido del Procedimiento Administrativo	31
11- Procedimiento Administrativo. Vía Administrativa. Vía gubernativa. Expediente administrativo	36
12- Procedimiento Administrativo y Derecho Administrativo	38
13- Denominación. Definiciones. Nuestra Definición ...	38 bis.

CAPITULO II

PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1- Introducción	40
2- Principio de la legalidad Objetiva	41
2.1. La legalidad administrativa	42
2.2. Principio de la legalidad objetiva	45
2.3. La legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa	47
3- Principio de igualdad	48
4- Principio de Oficialidad	52
4.1. Principio de la impulsión de oficio	53
4.2. Principio de la instrucción	54
4.3. Principio de la verdad material	55
5- Principio de la imparcialidad	56
6- Principio del informalismo en favor del administrado ..	57
7- Principio del debido proceso. Garantía de la defensa (Audi alteram partem)	58
8- Principio de publicidad	63
9- Principio de contradicción	65
10- Otros principios	65
Procedimiento escrito. La oralidad	65
Principio de la mediación y de la inmediación	68
Principio de la gratuidad. Ausencia de costes	68
Principio de la unidad y flexibilidad del procedimiento..	70
Colaboración de los administrados	71
Principio de la celeridad o rapidez, de la simplicidad y economía	71
11- La no obligatoriedad de la representación por procurador y asistencia por letrado	73

CAPITULO III

DERECHO COMPARADO

1- Introducción	79
2- Diferentes soluciones legislativas	80
3- Sistemas sin procedimiento administrativo	81
4- Sistemas caracterizados por diversas soluciones intermedias	85
4.1. Soluciones híbridas	85
4.2. Sistematizaciones parciales	85
5- Sistemas en los cuales está regulado el procedimiento administrativo	88
A... Países con características democráticas occidentales	88
5.1. Austria	89
5.2. Estados Unidos	92
5.3. España	97
5.4. Noruega	101
5.5. Argentina	101
5.6. Uruguay	104
B... El procedimiento administrativo en los países socialistas	106
5.7. Polonia	111
5.8. Checoslovaquia	114
5.9. Yugoslavia	115
5.10. Bulgaria	119

CAPITULO IV

FUENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1- Introducción	121
2- Las fuentes del Derecho Administrativo	122

3- Clasificación	123
4- La Ley en sentido general o amplio	125
5- La Ley	127
5.1. Origen social de la Ley	129
5.2. Ley y reforma social	130
5.3. La reserva de la ley	131
6- Disposiciones del Poder Ejecutivo con fuerza de Ley	132
6.1. Legislación delegada	133
6.2. Decretos Leyes	135
7- Reglamentos	136
8- Instrucciones de servicio y circulares	137
8.1. Las circulares	139
8.2. Instrucciones	140
9- Estatutos y reglamentos de otras entidades públicas	141
10- Carácter no formalista de las reglas de procedimiento administrativo	143
11- Campo de aplicación de la regla de procedimiento administrativo	145
12- La costumbre	146
13- La jurisprudencia	151
14- Los principios generales del Derecho Administrativo	155
15- La doctrina	158
16- Tratados internacionales	160
17- La cosa juzgada	161

CAPITULO V

EL DEBER DE ACTUACION ADMINISTRATIVA Y EL PRIVILEGIO DE LA DECISION PREVIA

I. La regla de la decisión previa	
1- Origen	162
2- La regla de la decisión previa en lo civil	164
3- La regla de la decisión previa en lo administrativo .	166
4- La regla de la decisión previa en lo civil y en lo <u>ad</u> ministrativo	169
5- La decisión previa, presupuesto procesal para re- currir en vía contenciosa	169
6- Privilegio de la decisión previa. Vía administrativa previa a la judicial. Apurar la vía administrativa. Privilegio del préalable y la regla de la decisión pre- via. Gestión y reclamación previa	176
7- Naturaleza Jurídica	178
7.1. Teoría de Edouard Laferrière y de Bouchené- Lefer	179
7.2. Teoría de Hauriou	180
7.3. Teoría de Artur	181
7.4. Teoría de Otto Mayer y de Carré de Malberg. .	182
7.5. Teoría de Gouttenoire	182
7.6. Otras opiniones de la doctrina	183
II El deber de Actuación Administrativa	
8- Inactividad de la Administración	190
9- El deber de actuación de la Administración	192
10- El deber de actuación de los tribunales de justicia.	193
11- El deber de actuación de la administración	196
12- Deber de actuación de los administradores	201
13- La Responsabilidad de los administradores	203

CAPITULO VI

EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACION

1- Planteamiento del problema	205
2- Inactividad de la Administración	207
3- Concepto de silencio Administrativo	208
4- Hipótesis de silencio	209
5- Origen de la regla del Silencio Administrativo	211
6- La institución del silencio administrativo en el Dere- cho comparado	212
7- Denominación	218
8- El silencio administrativo ¿Doctrina o Institución ?...	219
9- Silencio administrativo, prescripción y caducidad ...	220
10- El silencio administrativo no es una forma de terminar el procedimiento	222
11- No es una consecuencia de la doctrina del silencio en el Derecho privado	223
12- No está instituido exclusivamente en función de un re curso contencioso-administrativo	225
13- El silencio administrativo es una garantía en beneficio de los particulares	226
14- El silencio no es un acto administrativo	228
15- Un supuesto excepcional: acto expreso y ausencia de notificación	232
16- Es un hecho al que una ficción legal confiere deter- minados efectos	234
17- Silencio negativo y silencio positivo	238
18- Requisito del silencio de la Administración	240

18.1. Formulación, por escrito de una petición o reclamación ante la Administración	240
18.2. Ausencia de notificación	241
18.3. Transcurso del tiempo	243
18.4. Denuncia de la mora	243

CAPITULO VII

SILENCIO NEGATIVO Y SILENCIO POSITIVO

I Silencio negativo

1- Silencio negativo	250
2- Concepto	251
3- Naturaleza Jurídica	251
3.1. Es un hecho jurídico no un acto administrativo	251
3.2. Es una ficción legal	251
3.3. No es una simple forma de terminar el procedimiento	252
3.4. Es una ficción legal con efectos procesales .	253
3.5. No es una consecuencia de la doctrina del silencio en el derecho privado	254
4- Fundamento: contrapartida del privilegio del acto previo	255
5- Requisito del silencio negativo	256
5.1. Formulación, por escrito, de una petición o reclamación ante la Administración	256
5.2. Ausencia de notificación	258
5.3. Transcurso del tiempo	259
5.4. Denuncia de la mora	259

6- Efectos del silencio negativo	260
6.1. Respecto a los administrados	260
6.2. Respecto a la administración	261
7- La resolución tardía	261
8- La resolución tardía y la existencia de Derechos a fa- vor de terceros	265
9- La desviación de poder y el silencio negativo	269
10- Importancia y extensión del silencio negativo	271
11- Supuesto de varias peticiones, resueltas unas negativa- mente y silenciadas otras	275
12- Silencio negativo y los interesados que no incoaron el procedimiento	277
II. Silencio positivo	
13- Introducción	279
14- El silencio negativo y positivo tienen naturalezas jurí- dicas distintas	279
15- Fundamento jurídico del silencio positivo	280
16- Casos de aplicación : A) Relaciones administración-ad- ministrado; B) Relaciones entre órganos administrati- vos	284
17- Requisitos del silencio positivo	294
18- La resolución tardía	296
19- Supuesto de silencio mixto: positivo y negativo	298
20- La desviación de poder y el silencio positivo	299
21- Silencio positivo y los interesados que no incoaron el procedimiento	299

CAPITULO VIII

DEFENSA CONTRA LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACION

1- Inactividad material	301
2- La inactividad material de la Administración no puede suplirse por el juez	302
3- Soluciones del Derecho Comparado	306
3.1. Sistema suizo	306
3.2. Sistema francés	307
3.3. Sistema español	310
4- La solución del Derecho nicaragüense	312
5- Remedios para evitar la inactividad de la Administración	316

=====

Conclusión	323
Bibliografía	327
Índice	338